Die Verfügungsgewalt der Miterben vor der Erbschaftsteilung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinz Wulff
Gerichtsreferendar
in Königsberg Pr.

Approbiert am: 10. Februar 1936

Buchdruckerei Max Döres, Erlangen, Rückertstraße 1
1936

Dekan: Prof. Dr. jur. August Köhler

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. jur. et phil. Bernh. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

		Seite
Einleitung		9
I. Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Miterbengemeinschaft		11
§ 1	1. Im römischen und gemeinen Recht.	11
§ 2	2. Im deutschen und preußischen Recht	15
§ 3	3. Im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches	17
II. Die rechtliche Natur der Miterbengemeinschaft		19
§ 4	1. Die Entstehung der Miterbengemeinschaft	19
§ 5	2. Die Miterbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand	20
III. Die Verfügungen der Miterben über den Anteil am Nachlaß		26
§ 6	1. Das Wesen des Miterbenanteils	26
	2. Der Begriff der Verfügung	30
§ 7	a) Die rechtsgeschäftliche Verfügung	30
§ 8	b) Die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung	34
	3. Die einzelnen Arten der Verfügungen	35
	a) Die Uebertragung des Miterbenanteils	35
§ 9	aa) Der Gegenstand der Uebertragung	35
§ 10	bb) Die rechtliche Stellung d. Erwerbers	44
	b) Die Bestellung eines Pfandrechts	50
§ 11	aa) Form u. Wirkung der Verpfändung	50
§ 12	bb) Die Befriedigung des Pfandgläubigers	55
	c) Die Bestellung eines Nießbrauchs	57
§ 13	aa) Inhalt u. Umfang des Nießbrauchs	57
§ 14	bb) Rechte und Pflichten des Nießbrauchers.	60
IV. Die Verfügungen der Miterben über die Nachlaßgegenstände		62
§ 15	1. Der Begriff des Nachlasses	62
	2. Die Verfügungen des Miterben.	62
§ 16	a) Ueber den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen (§ 2033, II BGB)	62
§ 17	b) Ueber die einzelnen Nachlaßgegenstände (§ 2040, I BGB)	67
§ 18	3. Die Folgen des Verstoßes gegen § 2040 BGB	70

Literatur-Verzeichnis

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) III. Bd., Sachenrecht. Berlin 1914.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerl. Gesetzbuch. Teil I—III, Leipzig 1901, 1903, 1905.

— Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.

— Der Gegenstand, in Goldschmidts Zschr. für Handelsrecht, Bd. 59, S. 1 ff.

Böhm: Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. 1900. Hannover.

Cosack: Welche Grundsätze sind in dem künftigen Gesetzbuch über das Verhältnis der Miterben u. ihre Auseinandersetzung aufzustellen? Gutachten aus den Verhandl. des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7./8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, V. Bd., Erbrecht, Tübingen 1912.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Dernburg: Pandekten, Bd. III, 5. Aufl., Berlin 1897.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens, Bd. V, 3. Aufl., Halle 1911.

Eck: Die Rechtsstellung des Erben im Entwurf (Bd. 17 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB) Berlin 1889.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, 8. und 9. Aufl., Berlin 1920.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Bd. I, Allg. Teil, 13. Bearbeitg. Marburg 1931, bearbeitet von Nipperdey.

— Bd. III, Sachenrecht, 9. Bearbeitg. Marburg 1932, bearbeitet von Wolff.

— Bd. V, Erbrecht, 8. Bearbeitg., Marburg 1930, bearbeitet von Kipp.

Eylert: Die sachenrechtliche Natur des Anteils am Nachlaßgegenstand (§ 2033 II BGB) Diss. Erlangen 1914.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen Preuß. Privatrechts, Bd. IV, 7. Aufl. 1897.

Frommhold: Kommentar zum BGB, Erbrecht, Berlin 1900.

Gierke, O. v.: Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, Berlin 1897.

— Personengemeinschaften u. Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (in den Beitr. z. Erläuterg. u. Beurteilg. des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzb., herausgeg. von Becker und Fischer, Heft 18), Berlin 1889.

— Der Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches und das Deutsche Recht, Leipzig 1889.

— Deutsches Privatrecht Bd. 1, Leipzig 1895.

— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., Berlin 1902.

Hahn: Die Verfügungen der Miterben nach dem BGB. Diss. Marburg 1913.

Hellwig: Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Eine prozessuale Abhandlung, Leipzig 1901.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.

v. Jakubetzki: Bemerkungen zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, 1892.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1906.

Kreß: Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903.

Kretzschmar: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Leipzig 1913.

Kübler, B.: Geschichte des römischen Rechts, ein Lehrbuch. Erlangen, 1925.

— Gai institutiones. Herausg. v. Seckel und Kübler, in 7. Aufl. 1935 bearb. v. Kübler, Leipzig 1935.

Leonhard: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) Bd. V, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.

Mathiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl., Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für d. Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht Berlin u. Leipzig 1888.

Nölle: Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben. Diss. Heidelberg 1910.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, 2. Abt. (bes. Teil der Schuldverhältnisse) 5. Aufl. Berlin 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsges., V. Bd. Erbrecht, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.

Pringsheim: Die Rechtsstellung des Erwerbes eines Erbteils. (zur Auslegg. v. § 2033 I BGB) Breslau 1910.

— Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils, Diss. Breslau 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899.

Reichel: Die Schuldmitübernahme, 1909.

Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRKom.) Das BGB mit bes. Berücksichtigung d. Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. V Erbrecht, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1935.

Schröder: Lehrb. der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1922.

v. Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. II, 12. Aufl., München 1933.

Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB (in der Festschrift für Heinrich Degenkolb) Leipzig 1895.

v. Staudinger-Herzfelder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. V. Bd., Erbrecht, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928.

Stohwasser: Die Verfügung über Miterbenanteile nach § 2033 BGB. Diss. Leipzig 1908.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. Bd. I und II, Berlin 1903/04.

Strützki: Welche Grundsätze sind in dem künftigen Gesetzbuch über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen? Gutachten aus den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I.

v. Tuhr: Der allg. Teil des deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. I und II, Leipzig 1910/1914.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pendektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen Bürgerl. Rechts. Bd. III, 9. Aufl., 1906.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

BürgA: Archiv für das Bürgerliche Recht.

DJZ: Deutsche Juristenzeitung.

Gruch: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

HRR: Höchstrichterliche Rechtsprechung (verbunden mit der juristischen Wochenschau.)

JW: Juristische Wochenschrift.

KGJ: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

OLG: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeb. von Mugdan und Falkmann.

OTr: Entscheidungen des Preuß. Obertribunals.

Recht: Das Recht, Rundschau für den deutsch. Juristenstand.

RG: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

SächsA: Sächsisches Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß.

SeuffA: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

SZ: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

WarnE: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

ZBl: Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat.

ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

ZivA: Archiv für die zivilistische Praxis.

Einleitung

In der Praxis des täglichen Lebens gehört es zu den Ausnahmen, daß beim Tode einer Person nur ein Erbe vorhanden ist. Die Regel ist vielmehr die, daß mehrere Personen, sei es durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen, zu Erben berufen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht zwar im 1. und 2. Abschnitt des V. Buches zunächst davon aus, daß nur ein Erbe vorhanden ist, es berücksichtigt jedoch die Möglichkeit des Vorhandenseins mehrerer Erben bereits im § 1922, I BGB [1]) und bestimmt gleichzeitig im § 1922, II, daß auf den Anteil eines Miterben die Vorschriften über die Erbschaft Anwendung finden. Erst der 4. Titel des II. Abschnitts regelt im einzelnen die Besonderheiten, die dadurch entstehen, daß durch den Erbfall die Erbschaft als Ganzes nicht auf einen, sondern auf mehrere Erben übergeht. Durch § 1922, II soll also klargestellt werden, daß die Vorschriften, welche das BGB über die Erbschaft — d. h. das gesamte hinterlassene Vermögen — gibt, ohne weiteres auch auf den Anteil eines Miterben Anwendung finden. [2]) Allerdings finden sich von dieser Regel des Absatz II Ausnahmen in den §§ 2033, 2037 und 2062.

Innerhalb des 4. Titels ist nun zunächst das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander geregelt (§§ 2032—2057). Diese Vorschriften gliedern sich weiter in der Weise, daß in den §§ 2032—2041 das Verhältnis bis zur Auseinandersetzung behandelt wird, während die §§ 2042—2049 die Auseinandersetzung selbst und die §§ 2050—2057 die dabei stattfindende Ausgleichung betreffen. Von dem Abschnitt, der das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander bis zur Auseinandersetzung regelt, sind es insbesondere die Vorschriften über die Verfügungen (§§ 2033 und 2040), die das Rechtsverhältnis der Miterben entscheidend gestalten.

Diese Verfügungen bilden den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung. Es sollen die verschiedenen Ansichten über die

---

1) Die in den folgenden Ausführungen ohne Angabe des Gesetzes zit. §§ beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

2) Komm. der Reichsgerichtsräte (RGRKom), Bd. V Anm. 10 zu § 1922.

rechtliche Natur der Verfügungen der Miterben zusammengestellt und untersucht werden. Zu verschiedenen Ansichten aber muß man zwangsweise gelangen, wenn bereits Unstimmigkeiten über das Wesen der Miterbengemeinschaft vorhanden sind. Es erschien daher angebracht, bevor zu den eigentlichen Ausführungen übergegangen wurde, zunächst auf das Wesen der Miterbengemeinschaft einzugehen. Zum vollen Verständnis aber der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches war es auch erforderlich, einen Ueberblick über das frühere Recht zu geben, soweit es für die Gestaltung unseres heutigen Rechtes von Bedeutung gewesen ist.

Es ergab sich somit von selbst die Gliederung der Arbeit in vier Abschnitte: die geschichtliche Entwicklung, das Wesen der Miterbengemeinschaft, die Verfügungen der Miterben über den Anteil am Nachlaß und schließlich die Verfügungen der Miterben über die einzelnen Nachlaßgegenstände.

I. Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Miterbengemeinschaft

§ 1

1. Das römische und gemeine Recht

Unser Wissen von der rechtlichen Natur der römischen Erbengemeinschaft ist seit dem Jahre 1933 beträchtlich erweitert worden. Im Jahre 1933 erwarb nämlich die Florentiner Papyrologin Medea Norsa in Kairo einige mit lateinischer Unziale bedeckte Pergamentblätter, die sich bald als neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius erwiesen. In diesen Stücken ist u. a. ein Abschnitt der uralten römischen Erbengemeinschaft gewidmet, wie sie wahrscheinlich vor der Gesetzgebung der XII Tafeln bestanden hat. Der Text dieses Abschnittes ist bereits eingearbeitet in der von Seckel und Kübler herausgegebenen Ausgabe der „Institutionen des Gaius", in 7. Aufl. 1935, bearbeitet von Kübler. [1])

Als Terminus für die ungeteilte Erbengemeinschaft nennt Gaius den Ablativus absolutus „ercto non cito".[2]) In der Erklärung dieses Ausdrucks vermag Gaius uns allerdings nicht weiterzubringen. Jedenfalles handelt es sich offenbar um eine ungeteilt zusammenbleibende Gemeinschaft der sui, bei der jeder einzelne socius für sich allein über das Gemeingut verfügen kann, ohne an die Zustimmung und Mitwirkung der anderen gebunden zu sein. Das müssen wir mit Notwendigkeit aus dem Satz des § 154 b entnehmen: in hac autem societate . . . illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adpuirebat. Die altrömische Erbengemeinschaft hat sicher kein Eigentum zu ideellen Bruchteilen gekannt, denn damit wäre nicht zu vereinen, daß

1) Vgl. hierzu III 154 a, 154 b a. a. O. und das Vorwort des Herausgebers: Ad editionem separatam septimam.

2) Es ist derselbe Terminus, wie wir ihn bereits kennen aus Civ. de orat I, 237; Gell. 1, 9, 1, 2 und andere von Kübler zu Gaius III, 154 a angeführten Stellen antiker Schriftsteller.

jeder socius über das Ganze verfügen kann. Allerdings wird man annehmen müssen, daß dem Totalrecht des einzelnen socius ein Widerspruchsrecht, ein ius prohibendi der übrigen socii gegenübergestanden hat, wie wir es im übrigen auch bei Pap. D. 10, 3, 28 kennen; denn ein völlig unbeschränktes Verfügungsrecht des einzelnen dürfte in der Praxis auf Schwierigkeiten gestoßen sein und zu unbilligen Ergebnissen geführt haben.

Im übrigen enthält der Fund über die societas ercto non cito nur knappe Notizen, die uns noch viele Fragen unbeantwortet lassen, immerhin aber bereichert er unser Wissen von der uralten römischen Erbengemeinschaft, wie sie vor der Gesetzgebung der XII Tafeln rechtlich gestaltet war; denn gerade über die Normen des Privatrechts, die vor den XII Tafeln galten, waren wir bisher am wenigsten unterrichtet. [1])

Weitere Ausführungen über die neu entdeckten Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius würden über den Rahmen der vorliegenden Arbeit, die vor allem die Verfügungen der Miterben nach geltendem Recht behandeln will, hinausgehen und müssen daher unterbleiben.

Während bei der altrömischen Erbengemeinschaft eine Reihe von Fragen für uns noch ungelöst bleiben, besitzen wir eine genauere Kenntnis von der Erbengemeinschaft des klassischen Rechts. Das klassische römische Recht ging bei der Regelung der Miterbengemeinschaft von einer individualistischen Auffassung aus, die die Sonderrechte des Einzelnen stark betonte. Es war daher insbesondere darauf bedacht, die Stellung des einzelnen Miterben möglichst selbständig und unabhängig von der der anderen Miterben zu gestalten und möglichst bald eine Teilung des Nachlasses herbeizuführen.

Durch den Erbfall entstand unter den mehreren Erben ein vertragsähnliches Gemeinschaftsverhältnis, eine communio incidens, [1]) die der societas entsprechend ausgebaut war und von den römischen Juristen als eine obligatio quasi ex contractu angesehen wurde. [2]) Mehr noch als heute trug diese Gemeinschaft den Charakter eines Durchgangsstadiums, bis sie durch Vertrag oder auf Betreiben eines der Erben zur Auflösung kam. Nach dem Grundsatz: [3]) „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit," sukzedierte auch beim Vorhandensein mehrerer Erben gleichwohl jeder von

1) I. 31. D. pro soc. 17, 2: Communiter autem res agi potest citra societatem, ut puta cum non affectione societatis invidismus in communionem ut evenit . . . si hereditas vel donatio communiter nobis evenit.
2) l. 3, 27 pr.
3) I. 62 D. de div. reg. iur. ant. 5 O, 17.

ihnen in omne ius defuncti. Die Konkurrenz der mehreren Erben hatte aber zur Folge, daß jeder von ihnen nur zu einem Bruchteil berechtigt war: partes concursu fiunt.[1]) Jeder wurde daher nur zu seiner Quote gemeinschaftlich mit den anderen coheredes Miteigentümer jeder einzelnen zum Nachlaß gehörigen Sache, ebenso Gläubiger und Schuldner in den Erbschaftsschuldverhältnissen.

Mit dem Erbfall trat also eine quotenmäßige Teilung des gesamten Nachlasses unter die Miterben nach Verhältnis ihrer Erbquoten ein. Die Wirkung dieser Teilung richtete sich nach der rechtlichen Eigenart der in dem hinterlassenen Vermögen befindlichen Gegenstände. Forderungen und Schulden des Nachlasses zerfielen, soweit sie teilbar waren, entsprechend der Zahl der Miterben nach dem schon in den XII Tafeln geltenden Grundsatz: „Nomina ipso iure divisa sunt" in selbständige Teilforderungen und Teilverbindlichkeiten.[2]) Aus der zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden einen Forderung oder einen Schuld entstanden durch den Eintritt des Erbfalles so viele einzelne Teilforderungen oder Teilschulden, als Miterben vorhanden waren. Jeder Miterbe war daher zur teilweisen Einziehung der Forderung berechtigt und konnte andererseits von den Nachlaßgläubigern für Nachlaßschulden nur in Höhe seines Anteils in Anspruch genommen werden; dagegen war dem römischen Recht eine Verfügung über den Erbteil als Ganzes unbekannt.

Allerdings war der Grundsatz der Teilung durchbrochen, soweit Forderungen und Schulden in Frage standen, die ihrer Natur nach unteilbar waren. In diesem Falle entstand ein der Korrealität verwandtes Verhältnis, das zu solidarischen Berechtigungen und Verpflichtungen führte. Jeder Miterbe war hier Gläubiger bezw. Schuldner des ganzen Unteilbaren und konnte allein eine unteilbare Forderung in solidum geltend machen,[3]) wie er allerdings andererseits für eine unteilbare Schuld auch in solidum haftete.[4]) Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz der Teilung mußten naturgemäß auch solche Nachlaßsachen oder Nachlaßforderungen bilden, die einem Erben aus der Erbschaft — beispielsweise ex testamento — im voraus gebührten.

Die körperlichen Sachen des Nachlaßvermögens waren entsprechend dem Grundsatz „Concursu fiunt partes" unter den Miterben nach Bruchteilen geteilt: partes pro indiviso. Zu-

1) Cels. D. 32, 80 a. E.

2) 1. 6 Cod. fam. erc. 3, 36; Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.

3) 1, 25 § 9 D 10,2: singuli in solidum habent actionem.

4) 1. 1. pr. D. 50, 17: solida a singulis debentur.

sammen mit den übrigen war hier jeder Erbe zu seiner Quote Miteigentümer jeder einzelnen zum Nachlaß gehörigen Sache. Mit dem Erbfall entstanden also an den körperlichen Nachlaßsachen für jeden Miterben ideelle Anteile. Ueber den ideellen Anteil aber an der einzelnen Nachlaßsache konnte jeder Miterbe frei verfügen, er konnte den Anteil veräußern, verpfänden oder schließlich mit einem Nießbrauch belasten.[1]) Allerdings waren dieser Verfügungsmacht Grenzen gesetzt durch die Unversehrtheit der partes der übrigen Miterben. Zu einer Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand im ganzen war die Zustimmung aller Miterben erforderlich.[2])

Wie bei den körperlichen Sachen eine reale Teilung ipso iure nicht eintreten konnte, so waren auch die dinglichen Rechte nur ideel teilbar. Auch an ihnen stand jedem Miterben entsprechend seiner Quote am Nachlaß nur eine pars pro indiviso zu.[3]) Ueber den ideellen Anteil aber an den dinglichen Rechten, zu denen beispielsweise die Emphyteuse, die Superficies und das publicianische Recht gehörten, konnte jeder Miterbe frei verfügen. Anders dagegen war es bei einigen wenigen dinglichen Rechten, bei denen auch eine ideelle Teilung nicht möglich war, wie bei der Prädialservitut und der Hypothek. Hier galt wieder der Grundsatz, daß jeder Miterbe in solidum berechtigt und verpflichtet war.[4]) In diesem Falle konnte also der Miterbe nicht allein verfügen, sondern war an die Zustimmung der übrigen Miterben gebunden.[5])

Im übrigen war jeder Miterbe jederzeit berechtigt, aus der Gemeinschaft auszuscheiden und im Wege der actio familiae herciscundae Teilung zu verlangen;[6]) denn die communio coheredum wurde als ein unbequemes Uebergangsstadium angesehen, das bestimmt war, nur eine kurze Zeit zu bestehen.

Der Regelung im römischen Recht schloß sich das gemeine Recht an, das sich zu Beginn des 16. Jahrhunderts durch die Rezeption des römischen Rechts bildete und in fast ganz Deutschland subsidiär zur Geltung gelangte. Auch das gemeine Recht

---

1) 1. 6 § 9 D. 10, 3; 1. 54 D. fam. erc. 10, 8.
2) z. B. 1. 18 D. comm. praed. 8, 4.
3) 1. 10 D. fam. erc. 10, 2.
4) 1. 25 § 9 D. 10, 2.
5) 1. 8 § 1 D. de servit. 8, 1: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat.
6) 1. 1. pr. D. fam. erc. 10,2: Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui.
1. 3 Cod. 37, 5: in communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

gestaltete die Erbengemeinschaft als Gemeinschaft nach Bruchteilen, bei der die Selbständigkeit der einzelnen Miterben stark betont war.

§ 2

Das deutsche und preußische Recht

Im Gegensatz zum klassischen römischen Recht, das die Individualrechte des einzelnen Miterben stark in den Vordergrund stellte, betonte das alte deutsche Recht die gemeinschaftliche Berechtigung und Verpflichtung der Miterben und gestaltete die Erbengemeinschaft nach dem ihm eigentümlichen Prinzip der gesamten Hand. Der Erbengemeinschaft des deutschen Rechts lag die „Hausgemeinschaft ohne Teilung" zu Grunde, die auf dem Gedanken beruhte, daß der überlebende Elternteil mit den Kindern im ungeteilten Besitz zusammenbleiben sollte. Starb das Familienhaupt, so setzten die Zusammenlebenden im Hause unter sich diese Gemeinschaft fort. [1]) Den Kindern aber stand nicht das Recht zu, das Gut des Verstorbenen herauszuverlangen.

Die „Hausgemeinschaft ohne Teilung" erfuhr ihre weitere rechtliche Ausbildung durch die fränkische Gemeinderschaft. Diese stellte eine Personenvereinigung dar, bei der die Gesamtheit der Genossen Träger gemeinschaftlicher Rechte und Pflichten war. Der Rechtszweck war, durch Zusammenbleiben das Familiengut zu erhalten, um darin allen Miterben Unterhalt und Zuflucht zu gewähren. Dieses Rechtsgebilde wurde als Gemeinschaft zur gesamten Hand bezeichnet. [2]) Die durch die Gemeinderschaft verbundenen Miterben hießen Ganerben. [3]) Sie galten als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers im gleichen Umfang wie ein Einzelerbe. Auch die in dem Nachlaß vorhandenen teilbaren Rechte und Verbindlichkeiten gingen ungeteilt auf die Ganerben über. Zwar hatte der einzelne Erbe einen Anteil an dem gesamten Nachlaß, ein Verfügungsrecht an seinem Anteil stand ihm jedoch nicht zu. Zur Verfügung über den ganzen Nachlaß oder über einen Teil war vielmehr nur die Gesamtheit der Ganerben berechtigt. So standen auch die Nutzungen nur der Gesamtheit der Ganerben zu, wie andererseits die Lasten ebenfalls von der Gesamtheit getragen wurden: „Alle Ganerben sitzen auf Gedeih und Verderb zusammen."

1) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 664; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. I, S. 227.

2) Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 288, 742; Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 664; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II S. 999.

3) Heusler, I, S. 230; Schröder, a. a. O., S. 288.

Die deutschrechtliche Auffassung über die Rechtsgemeinschaft der Miterben hat sich in den Partikullarrechten das ganze Mittelalter hindurch erhalten. [1]) Das System der gesamten Hand galt insbesondere für die bäuerlichen Gemeinderschaften, aber auch für die ritterlichen Ganerbschaften und die Erbverbrüderungen des hohen Adels. [2]) In den Städten dagegen gelangte vorzugsweise das gemeine Recht zur Anwendung, das in Anlehnung an das römische Recht die Rechtsverhältnisse der Miterben nach dem Prinzip der Bruchteilsgemeinschaft ausgebildet hatte.

Die stärkste Anerkennung fand die deutschrechtliche Auffassung in dem wichtigsten aller Partikularrechte: im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. [3]) Da das Preuß. Allgemeine Landrecht (ALR) jedoch nicht grundlegende Rechtssätze enthielt, sondern in kasuistischer Weise die einzelnen möglichen Fälle entscheiden wollte, so entspann sich zunächst in Wissenschaft und Praxis heftiger Streit darüber, ob römisch- oder deutschrechtliche Auffassung des Miterbenrechts gelten sollte. [4]) Dieser Streit entschied sich zugunsten des deutschrechtlichen Gesamthandsprinzips, insbesondere nachdem das preußische Obertribunal sich in seiner Entscheidung vom 16. März 1857 dahin ausgesprochen hatte, daß der Miterbe ein seiner Erbquote entsprechendes Miteigentum nur an dem gesamten Nachlaß als universitas iuris, nicht aber an den einzelnen Nachlaßgegenständen erlangen könne:

„Jedem einzelnen von mehreren Erben steht während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnismäßiger Anteil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als ein besonderes Eigentum nicht zu. Erst durch die Erbteilung kann unter den mehreren Miterben der einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Teile derselben erlangen. Während der bestehenden Gemeinschaft aber steht bezüglich auf einzelne Erhschaftsstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere ihm daran noch kein nach Verhältnis seiner Erbquote bestimmter Anteil als sein besonderes Eigentum zu." [5])

Diese Entscheidung hat später auch das Reichsgericht als maßgebend anerkannt und damit dem deutschen Rechtsgedanken der gesamten Hand endgültig zum Siege verholfen. [6])

---

1) Heusler I, S. 231; Endemann III S. 1000.
2) Gierke, Deutsches Priv. Recht I S. 665; Heusler I, S. 231.
3) Endemann III. § 134 II.
4) Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. IV, S. 577 (6. Aufl.).
5) OTr Bd. 35, S. 352 ff.
6) RG Bd. 9, S. 272.

§ 3

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches

Das Bürgerliche Gesetzbuch stand bei der Regelung des Miterbenverhältnisses vor der Frage, welches Prinzip im Gesetz Aufnahme finden sollte.

Die Regelung des gemeinen Rechts, das sich dem System der römisch-rechtlichen Quotenteilung angeschlossen hatte, zeichnete sich durch Folgerichtigkeit und Klarheit aus. Die teilbaren Nachlaßforderungen- und Schulden waren durch den Erbfall ipso iure unter den Miterben nach Verhältnis ihrer Erbquoten geteilt. An unteilbaren Gegenständen erlangte jeder Miterbe wenigstens einen ideellen Anteil, über den er frei verfügen konnte. Diesen Vorteilen standen jedoch auch erhebliche Nachteile gegenüber, vor allem deshalb, weil Nachlaßgläubiger und -schuldner in ihren Rechten sehr beeinträchtigt wurden. Die Gläubiger mußten ihre Forderungen anstatt in ganzer Höhe gegen einen Schuldner (die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit), jetzt in Teilbeträgen gegen mehrere Schuldner geltend machen. Andererseits hatten die Schuldner nicht einen Gläubiger zu befriedigen, sondern mußten ihre Verbindlichkeiten in Teilleistungen an mehrere Forderungsberechtigte bewirken. Hatte ferner ein vermögensloser Miterbe die ihm zugefallenen Nachlaßsachen beiseitegeschafft, so war der Gläubiger mit dieser Teilforderung ausgefallen, ohne sich an die anderen Erben halten zu können. [1]) Schließlich war auch den Miterben selbst die Verfolgung des Schuldners erschwert, weil der einzelne nur seinen Teilbetrag einklagen konnte.

Trotz ihrer erheblichen Nachteile wurde die römisch-rechtliche Konstruktion der Miterbengemeinschaft in den ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs übernommen. [2]) Nach § 2051 sollten die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten auf die mehreren Erben nach Verhältnis der Erbteile übergehen. Weiterhin hieß es in § 2151 ausdrücklich, daß sich das Rechtsverhältnis der Miterben gemäß den Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen bestimmen sollte.

Diese im Entwurf vorgesehene Regelung, die zu sehr die Interessen der Miterben, aber zu wenig die Interessen der Nachlaßschuldner und -Gläubiger berücksichtigte, wurde jedoch fast einstimmig von der Wissenschaft verworfen. [3]) Insbeson-

1) Eck, Stellung des Erben, S. 39 ff.
2) Vgl. M. V, 526 ff.; 530; 687. Prot. V, 835.
3) Gierke, Der Entwurf eines BGB, S. 552 ff; von Jakubetzky, Bemerkungen zum Entwurf eines BGB, S. 328; Strützki, Gutachten aus den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 79 ff.; Cosack, Gutachten aus den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 199 ff.; Eck, Stellung des Erben, S. 39 ff.

dere war es Gierke, der auf das preußische Recht als Vorbild hinwies und sich für die Durchführung des Gesamthandsprinzips einsetzte:

„Die Erbengemeinschaft muß als eine deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgebildet werden, bei welcher als Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechts ein Vermögensganzes als solches erscheint und somit Anteile an den einzelnen Vermögensbestandteilen gar nicht bestehen." [1])

Diese Meinung drang dann auch durch. Die Mitglieder der 2. Kommission verwarfen einstimmig die beabsichtigte Regelung und entschieden sich für den Anschluß an das preußische Recht. Damit war das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip zur Einführung gelangt, denn die Beschlüsse der zweiten Kommission fanden mit nur geringen Aenderungen Aufnahme im Bürgerlichen Gesetzbuche.

---

1) Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe, S. 83 ff.

II. Die rechtliche Natur der Miterbengemeinschaft

§ 4

1. Die Entstehung der Miterbengemeinschaft

Bei der Darstellung der rechtlichen Natur der Miterbengemeinschaft taucht von selbst zunächst die Frage auf, wie denn überhaupt eine Miterbengemeinschaft entsteht. Die Antwort läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Entstehungsgründe einer Miterbengemeinschaft mit den Berufungsgründen zur Erbschaft zusammenfallen. Denn nur in dem Falle, wenn mehrere Personen zur Erbschaft berufen sind, kann eine erbrechtliche Nachfolge mehrerer Personen in den Nachlaß des Verstorbenen in Betracht kommen.

An Berufungsgründen aber kennen wir drei: zunächst das Testament, als die einseitig und frei widerrufliche Willensbestimmung des Erblassers, dann den Erbvertrag als vertragsmäßiges und daher einseitig nicht aufhebbares Rechtsgeschäft, und schließlich als letzten Berufungsgrund den Willen des Gesetzes selbst, falls weder Testament noch Erbvertrag vorliegen. Die berufenen Erben sind anteilsberechtigt am Nachlaß und treten, da der Nachlaß nicht sofort im Ganzen sich mit dem Privatvermögen jedes Miterben vereinigt, in ein rechtliches Verhältnis zueinander, ohne daß es einer besonderen Willensbetätigung ihrerseits bedarf. Die Berufung zur Erbfolge ist also unabhängig von dem freien Willen der Berufenen und beruht auf gesetzlichem Zwange. Das BGB mildert allerdings den Zwang dadurch, daß es dem Miterben wie dem Alleinerben das Recht gibt, die Zuwendung auszuschlagen,[1]) oder ihn befähigt, den Anfall durch vertragsmäßigen Verzicht mit dem Erblasser abzuwenden.[2]) Bis zur Ausschlagung jedoch ist derjenige, der zusammen mit anderen berufen ist, wirklicher Miterbe, und nur wenn die Ausschlagung tatsächlich erfolgt, tritt kraft Gesetzes die Fiktion ein, als ob der Miterbe niemals berufen wäre.[3])

1) §§ 1942 ff.
2) § 2352.
3) § 1953.

2. Die Miterbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand

Der Gesetzgeber hat die Erbengemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach dem deutschen Grundsatz der gesamten Hand gestaltet, der von der 2. Kommission im Anschluß an das preußische Recht eingeführt wurde.[1]) Dem Gesetz selbst ist allerdings dieser Ausdruck unbekannt; es hat zwar die Grundgedanken in einer Reihe einzelner Bestimmungen festgelegt, im übrigen aber die Herausarbeitung des allgemeinen Prinzips der Theorie überlassen. Anwendungsfälle der gesamten Hand im Bürgerlichen Gesetzbuch sind außer der Erbengemeinschaft noch die Gesellschaft, §§ 705 ff., ferner die allgemeine Gütergemeinschaft mit ihren Nebenformen der Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft, §§ 1437 ff., 1519 ff., 1549 ff. Damit aber, daß wir die Erbengemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand charakterisieren, haben wir zunächst nur wenig gewonnen, denn das Wesen der Gesamthand, und damit auch das Wesen der Erbengemeinschaft, war bereits vor Inkrafttreten des BGB sehr umstritten und hat auch heute noch keine endgültige Klärung gefunden. Wir können daher nicht umhin, in den folgenden Ausführungen zum Wesen der „Gemeinschaft zur gesamten Hand" näher Stellung zu nehmen.

In der Hauptsache sind es drei Theorien, die sich mit dem Wesen der Gesamthand beschäftigen:

1. die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung,
2. die Theorie der geteilten Mitberechtigung,
3. die vermittelnde Theorie.

Der Hauptvertreter der Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung ist Gierke, der von folgenden Gesichtspunkten ausgeht: Der Nachlaß bleibt auch nach dem Uebergang auf mehrere Erben ein Vermögensinbegriff, und zwar werden die verschiedenen Nachlaßbestandteile, wie vorher durch die Person des Erblassers, jetzt durch die Erben in ihrer Gesamtheit zusammengehalten, die dadurch zur Erbengemeinschaft zusammen-

1) Vgl. P. V, S. 835 ff.; Denkschrift zum Entwurf eines BGB, S. 276 ff.; vgl. ferner RG Bd. 49/406; 57/434; 79/394.

2) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 344 ff.; derselbe: Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 29 f; ebenso: Endemann Bd. I, § 180 Nr. 3; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II § 280 Nr. 2; v. Tuhr, der allg. Teil des deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 80, 358 ff.; Knoke in BürgA. Bd. 20, S. 178 ff.; Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen BGB, S. 590.

geschlossen werden. Die Erbengemeinschaft entsteht daher nicht schon ohne weiteres infolge des Erbfalles und bildet nicht selbst die Grundlage für die sich aus dem Erbfall ergebenden Rechte. Kraft der persönlichen Erbeneigenschaft eines jeden einzelnen geht der Nachlaß als Ganzes auf die mehreren Erben über und wird ihr gemeinschaftliches Vermögen. Damit erst entsteht die Erbengemeinschaft. Diese nimmt dem Nachlaß gegenüber dieselbe Stellung ein wie früher der Erblasser. Die Erben sind daher nur zusammen berechtigt, die zum Nachlaß gehörenden Rechte auszuüben. Aus der gemeinsamen Zuständigkeit des Nachlasses folgt die gemeinsame ungeteilte Zuständigkeit seiner einzelnen Bestandteile. Dem Miterben steht daher kraft des Rechts am Nachlaß auch ein Recht an jedem einzelnen Nachlaßgegenstand zu, wobei allerdings nicht ein Einzelner, sondern alle zusammen Subjekt des einzelnen Rechts sind, und zwar in ihrer Eigenschaft als gemeinschaftliche Träger des gemeinschaftlichen Vermögens, d. h. als Mitglieder der Erbengemeinschaft.[1]) Da die Miterben im allgemeinen nur gemeinschaftlich und ungeteilt Träger der mit dem Nachlaß verbundenen Rechte und Pflichten sind, ferner nur gemeinschaftlich über die einzelnen Rechte verfügen können, so muß dieses einheitliche Herrschaftsverhältnis zu einer gewissen Personenverbindung der einzelnen Miterben führen. Diese enge Gemeinschaft unter den Miterben erscheint, weil die Miterben grundsätzlich nur in ihrer Gesamtheit berechtigt und verpflichtet sind, nach außen als eine „rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit".[2]) Da aber die einzelnen Miterben innerhalb der Erbengesamtheit ihre Rechtsobjektivität in ihrer Gesamtheit behalten, und nicht etwa an ein neues selbständiges Gebilde, die Erbengemeinschaft verlieren, entsteht kein neues rechtsfähiges Gebilde, keine juristische Person.[3])

Auf einem entgegengesetzten Standpunkt stehen die Vertreter der Theorie der geteilten Mitberechtigung. Die Anhänger dieser Lehre, zu denen u. a. Binder[4]) (jetzt allerdings anderer Meinung),[5]) Nagler,[6]) Cosack[7]) und Pringsheim[8]) gehören, stellen folgende Erwägungen an: Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann an einem Vermögen als solchen kein dingliches Recht bestehen, insbesondere auch kein Eigentum. Ein Vermögen kann auch nicht uno actu übereignet werden, sondern

1) Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 664.
2) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 621.
3) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 343.
4) Binder, Gegenstand S. 62; derselbe Rechtsstellg. III, S. 6 ff.
5) Binder, Problem, § 7.
6) Nagler in SächsA. Bd. X, S. 718 ff.
7) Cosack, Lehrb. d. Bürgerl. R., Bd. II, 2. Abt. § 2, I.
8) Pringsheim, Rechtsstllg., S. 12 ff.

nur durch Uebertragung der einzelnen Vermögensbestandteile. Das Vermögen kann also keine universitas iuris sein, jedenfalls nicht im Sinne eines einheitlichen Rechtsobjekts, es stellt vielmehr nur eine Summe, eine Vielheit, dar.[1]) Auch mit dem Erbfall wird das Vermögen nicht zu einem einheitlichen Ganzen, sodaß auch der Nachlaß nur eine bloße Summe bildet, in die die Erben nachfolgen. Aber auch die Erben bilden keine Einheit, weil sie andernfalls eine juristische Person darstellen müßten; diese Folgerung ließe sich aber nicht mit den Regeln des Gesetzes über die juristischen Personen vereinen. Einer Summe von einzelnen Nachlaßgegenständen steht daher eine Summe mehrerer individueller Personen gegenüber. Gibt es aber keine Einheit des Nachlasses, dann entfällt auch die Möglichkeit eines einheitlichen Rechts an ihm.[2]) Der einzelne Miterbe kann somit keine Sonderrechte am Nachlaßganzen, sondern nur an den einzelnen Nachlaßgegenständen besitzen.

Das Ergebnis dieser ungeteilten Rechtszuständigkeit ist also, daß der Erbe kraft seines Erbrechts an allen den Gegenständen unmittelbare Rechte erwirbt, an denen der Erblasser wirkliche Rechte hatte.[3]) Da aber nicht zu gleicher Zeit mehreren Personen dasselbe Recht in vollem Umfange zustehen kann, zerfällt jedes einzelne zum Nachlaß gehörende Recht in soviel Teilrechte, als Erben da sind.[4]) Dies muß aber zur Folge haben, daß der Anteil eines jeden Miterben am Nachlaß aus einer Summe von rechnerisch bestimmten einzelnen Quotenrechten und Solidarberechtigungen besteht, die nur durch das ihnen gemeinsame Rechtssubjekt zusammengehalten werden. Der Unterschied dieser so konstruierten Gesamthand von der römischen communio pro partibus indivisis und der gewöhnlichen Bruchteilsgemeinschaft des BGB liegt dann nur darin, daß der einzelne über seinen Bruchteil an den einzelnen Gegenständen nicht ohne Zustimmung der anderen Miterben verfügen kann. Pringsheim kommt daher zu dem Ergebnis: „Gesamthand bedeutet eben nur Gebundenheit in der Verfügung".[5])

Zwischen den beiden erörterten Theorien nimmt eine vermitelnde Stellung die Theorie von Sohm ein, der sich im wesentlichen u. a. Staudinger-Herzfelder,[6]) Oertmann[7]) und Affolter[8]) angeschlossen haben. Sohm entwickelt seine Lehre

1) Binder, Rechtsstellg. III, S. 19.
2) Pringsheim, Rechtsstellg., S. 10.
3) Krückmann in ZBl. Bd. 16, S. 13.
4) Binder, Rechtsstellg. III, S. 27.
5) Pringsheim, Zur Lehre v. der Pfändg. u. Abtretg. S. 8.
6) Staudinger-Herzfelder V, Anm. 1 zu § 2032.
7) Oertmann, Recht der Schuldverh. Bd. II, S. 1127, 1128.
8) Affolter im BürgA Bd. 35, S. 225 ff.; 42/248.

aus dem Unterschied zwischen Vermögens- und Personenrecht. Hierbei geht er zunächst vom Begriff des Gegenstandes aus.

Gegenstand im Rechtssinne ist nach Sohm nur das, was Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein kann.[1]) Zu den Gegenständen gehören daher nicht nur die Sachen, sondern auch die Vermögensrechte, weil sie ebenfalls Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs sein können.[2]) Vermögensrechte sind aber insbesondere auch die veräußerlichen Mitgliedsrechte, wie z. B. die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft. Im Gegensatz dazu sind die Personenrechte keine Gegenstände, weil Sie nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt und übertragen werden können.[3])

Auf diesen Erwägungen über den Begriff des Gegenstandes und in der Folge über den Unterschied zwischen Vermögens- und Personenrechten baut Sohm seine Theorie von der Natur der Gesamthand auf, die im wesentlichen eine weitere Entwicklung der Gedanken Gierkes darstellt. Eine Gesamthandsgemeinschaft liegt danach nur dann vor, wenn mehrere Personen eine Gemeinschaft bilden, die sich auf eine Summe von Gegenständen bezieht. Das Entscheidende aber ist, daß bei Sohm das Personenrechtsverhältnis im Vordergrund steht. Daher ist die gesamte Hand eine Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts, nämlich personenrechtlichen Güterrechts,[4]) und der Anteil am Vermögen ist nicht vermögens-, sondern personenrechtlicher Natur und bedeutet lediglich ein personenrechtliches Verhältnis: die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft.[5]) Die Wirkungen der personenrechtlichen Verbindung gehen allerdings nicht so weit, daß die Miterben zu einer einzigen Person verbunden werden, sie bleiben vielmehr auch in der personenrechtlichen Gemeinschaft getrennte Rechtssubjekte.

Da der Anteil am Vermögen für Sohm lediglich ein personenrechtliches Verhältnis darstellt, so gibt es für ihn auch keinen eigentlichen quotenmäßig bestimmten Anteil am Nachlaß. Jeder Miterbe ist vielmehr an jedem einzelnen Nachlaßgegenstand anteilig zu einem bestimmten Bruchteil berechtigt, aber auch dieser Anteil ist nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur und nur deshalb der freien Verfügungsgewalt der einzelnen Miterben entzogen.

---

1) Vgl. Sohm, Gegenstand, S. 7.
2) Sohm, in BürgA. Bd. 28, S. 184.
3) Sohm, Gegenstand, S. 21 ff.
4) Sohm, Gegenstand, S. 65.
5) Sohm, Gegenstand, S. 39, 68.

Der Streit um das Wesen der Gesamthand ist auch heute noch nicht endgültig abgeschlossen. Die Schwierigkeit liegt vor allem darin, den Gegensatz zwischen Einheit und Vielheit zu überbrücken, der bei der Erbgemeinschaft auf Seiten des Rechtssubjekts und des Rechtsobjekts vorhanden ist; denn dadurch, daß mit dem Erbfall eine Mehrheit von Personen anstelle des Erblassers tritt, entsteht nunmehr eine Reihe rechtlicher Beziehungen zwischen den mehreren Personen, den Miterben einerseits und den mehreren Sachen andererseits, die zu Lebzeiten des Erblassers dessen Vermögen dargestellt haben und jetzt in ihrer Gesamtheit den Nachlaß ausmachen.

Im wesentlichen ist jedoch m. E. Gierkes Theorie von der ungeteilten Gesamtberechtigung für die richtige zu halten, weil wir auf dieser Grundlage zu einem befriedigenden Ergebnis bei der Auffassung des Rechtsverhältnisses unter den Miterben gelangen werden und auch die Eigentümlichkeiten der Erbengemeinschaft sich gerade durch diese Theorie am leichtesten erklären lassen. Gegen Gierkes Theorie wird vor allem eingewandt, daß die Anteile der Miterben am Nachlaß personenrechtlicher Natur sind, während sie doch Teile eines Vermögensrechts sein müssen. So fragt Binder: [1]) „Nur möchte ich wissen, wie es denkbar sein soll, daß, während das ungeteilte Recht (Eigentum, Nießbrauch, Forderung usw.) ein Vermögensrecht ist, die Anteile der einzelnen Gesamthänder an diesem Vermögensrecht keine Vermögensrechte sind?“ Binder will also damit sagen, daß Teile qualitativ identisch mit dem Ganzen sein müssen und in ihrer Summe dem Ganzen gleich sind. Das wird zwar regelmäßig bei einer reellen Teilung zutreffend sein, niemals aber bei einer Teilung von Rechtsverhältnissen, die von der Teilung von Objekten völlig verschieden ist. Denn die ideelle Teilung ist nicht bloß eine tatsächliche Teilung, sondern ein Rechtsverhältnis, aus dessen Tatbestand neue Rechtsfolgen, Rechte und Pflichten entstehen; die neu entstandenen Rechte aber sind weder physisch noch rechnerisch Teile des früheren Ganzen.

Ein anderer Vorwurf geht dahin, daß eine Mitberechtigung ohne Quotenteilung ein unbegreiflicher Widerspruch in sich selbst sei. [2]) Aber auch dieser Einwand kann m. E. nicht als durchschlagend angesehen werden. Die Rechtsordnung kann ohne weiteres auch mehrere Personen als Träger eines Rechts zulassen und für gewisse Rechtsbeziehungen den übereinstimmenden Willen mehrerer Personen für entscheidend halten. Es steht logisch nichts im Wege, daß mehrere Personen über eine

1) Binder, Gegenstand, S. 63.
2) Pringsheim, Rechtsstellung, S. 7; Sohm, Gegenstand, S. 62.

Sache gemeinsam bestimmen und umgekehrt mehrere Gläubiger vom Schuldner die ihm gebührende Leistung gemeinsam fordern können. [1])

Welcher der verschiedenen Gesamthandstheorien man sich auch anschließen mag, immer wird man doch zu dem Ergebnis gelangen müssen: wenn auch die drei Gesamthandsgemeinschaften des Bürgerlichen Gesetzbuches wesentliche Merkmale gemeinsam haben, so weisen sie andererseits doch so große Verschiedenheiten untereinander auf, daß eine Prüfung der rechtlichen Natur jeder einzelnen dieser Gesamthandsgemeinschaften erforderlich erscheint. Bei der Erbengemeinschaft z. B. ist die Bindung der Miterben eine weniger strenge mit Rücksicht darauf, daß sie ohne einen darauf gerichteten Willen der Beteiligten entsteht und von vornherein nicht auf Fortdauer, sondern auf Beendigung durch Auseinandersetzung gerichtet ist. [2]) Zutreffend führt daher das Reichsgericht aus: [3])

„Die Natur der Gesamthand ist an sich unsicher und unbestimmt; sie kann in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Bestimmungen für das einzelne Gesamthandsverhältnis."

Das soll nun allerdings nicht bedeuten, daß es überflüssig gewesen wäre, auf die verschiedenen Theorien über das Wesen der Gesamthand einzugehen. Diese Erörterungen waren vielmehr notwendig, weil die Auffassung und Gestaltung der rechtlichen Natur des Anteils am Nachlaß und des Anteils an den einzelnen Nachlaßgegenständen von der Stellungnahme zu den einzelnen Theorien abhängt.

Bevor wir uns nun im folgenden mit den Verfügungen der Miterben über den Anteil am Nachlaß beschäftigen, müssen wir zunächst auf den Begriff und die rechtliche Natur dieses Anteils näher eingehen.

---

1) v. Tuhr I, S. 80, Anm. 11.
2) RGRKom Anm. 2 zu § 2032.
3) RG Bd 65/236, 237.

III. Die Verfügungen der Miterben über den Anteil am Nachlaß

§ 6

1. Das Wesen des Miterbenanteils

Nach § 2033, I, Satz 1, kann jeder Miterbe über seinen „Anteil an dem Nachlasse" verfügen. Eine Definition dieses Ausdrucks finden wir im BGB nicht. Dagegen spricht der Gesetzgeber in § 1922, II von einem „Erbteil" und definiert ihn als den Anteil eines Miterben an der Erbschaft. Daraus ergibt sich, daß der Begriff des Anteils am Nachlaß zum Begriff des Erbteils in demselben Verhältnis steht, wie „Nachlaß" zur „Erbschaft". Erbschaft und Nachlaß haben zwar im Grunde dieselbe Bedeutung, beide Ausdrücke nämlich bezeichnen das vom Erblasser bei seinem Tode hinterlassene Vermögen. Das Wort „Erbschaft" hat aber einen mehr subjektiven Charakter und wird gebraucht, wenn man den Nachlaß in seiner Beziehung zum Erben bezeichnen will, während der Begriff „Nachlaß" mehr objektive Natur besitzt und lediglich die Gesamtheit der vererbungsfähigen Gegenstände des Erblassers bedeutet. Ebenso verhält es sich auch mit den Bezeichnungen „Erbteil" und „Anteil am Nachlaß", auch hier besteht nur ein Unterschied im technischen Ausdruck. Während der Begriff „Erbteil" die subjektive Beziehung zu einer bestimmten Person darstellt, besitzt der Ausdruck „Anteil am Nachlaß" mehr objektive Natur und wird insbesondere dann angewandt, wenn es sich um den Gegenstand einer Verfügung handelt. [1])

Die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des Nachlaßanteils hängt ab von der Stellungnahme zu den einzelnen Gesamthandstheorien. Da m. E. aus den bereits dargelegten Gründen Gierkes Theorie von der ungeteilten Gesamtberechtigung der Vorzug zu geben ist, stellt sich hiernach das Wesen des Nachlaßanteiles dar als die einheitliche Rechts-

1) Vgl. Prot. V, S. 603/604; Endemann III, 1. Bd., § 6 II c; Dernburg, V, § 124 II; Staudinger, V, Anm. 2 zu § 2032.

stellung am Nachlaß, die sich für den Miterben aus der Zugehörigkeit zur Miterbengemeinschaft ergibt. Der Nachlaßanteil ist also kein Forderungsrecht oder ein Recht von sachenrechtlichem Gehalt, er ist vielmehr das Rechtsverhältnis der Zugehörigkeit des Miterben zur Erbengemeinschaft, aus dem sich die Fähigkeit ergibt, zusammen mit den anderen Miterben Träger der mit dem Nachlaß verbundenen Rechte und Pflichten zu sein. [1])

Die Pflichten, die sich aus der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft ergeben, bestehen vor allem in der Pflicht auf Mitwirkung bei der gemeinschaftlichen Verwaltung (§ 2038, I, S. 2), in der Ausgleichungspflicht (§§ 2050 ff.) und in der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2058 ff.). Den Pflichten steht eine Reihe von Rechten gegenüber, die ebenfalls aus der Natur des Miterbenanteils folgen. Es sind dies zunächst die Rechte, die der einzelne Miterbe nach den Grundsätzen der gesamten Hand nur zusammen mit den übrigen Miterben ausüben kann. Hierzu gehören in erster Linie das Recht auf Mitwirkung bei der gemeinschaftlichen Verwaltung (§ 2038, I), bei der Vornahme gemeinschaftlicher Verfügungen, (§ 2040, I), bei der Ausübung des Vorkaufsrechts (§§ 2034 ff.) und bei der Beantragung der Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§ 2062). Ferner kommen noch diejenigen Rechte in Betracht, die nach dem Willen des Gesetzgebers jeder einzelne Miterbe allein geltend machen kann, deren Ausübung durch den einzelnen Miterben also eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gesamthand darstellt. [2]) Zu diesen Rechten gehören insbesondere das Verfügungsrecht über den Anteil am Nachlaß (§ 1033, I), die selbständige Ausübung notwendiger Verwaltungsmaßnahmen (§ 2038, I, S. 2), die selbständige Geltendmachung einer Nachlaßforderung (§ 2039), der Fruchtteilungs- und Auseinandersetzungsanspuch (§§ 2038, II, 2042) und schließlich der Anspruch auf den sich bei der Auseinandersetzung ergebenden Ueberschuß (§ 2047). Diese im einzelnen aufgeführten Rechte und Pflichten folgen aus dem Mitgliedschaftsrecht in der Erbengemeinschaft, aus der einheitlichen Rechtsstellung des Miterben am Nachlaß, und sind in ihrer Gesamtheit das Ergebnis der Innehabung eines Miterbenanteils.

Nicht zugestimmt werden kann der Ansicht von Wendt, daß unter dem Anteil am Nachlaß im Sinne des § 2033 der Anspruch auf dasjenige zu verstehen sei, was den Miterben bei der Teilung zufallen werde. [3]) Wendt geht in seinen Aus-

1) Vgl. Crome, V, 696; v. Tuhr, I, S. 358/360; Binder, Problem S. 78; RGRKom Anm. 1 zu § 2033; Prot. V, S. 837 ff.
2) Prot. V, S. 538.
3) Vgl. Wendt im ZivA Bd. 89, S. 420 ff.

führungen zunächst vom Begriff der Verfügung des § 2033 aus und nimmt hierzu folgendermaßen Stellung: Die allgemein verbreitete Ansicht, daß unter den Begriff der Verfügungen obligatorische Rechtsgeschäfte nicht fallen, sei nur insofern richtig, als im BGB mehrfach die Verfügung selbst der Verpflichtung, sie herbeizuführen, gegenübergestellt wird. Es handele sich hier aber stets um die Notwendigkeit fremder Einwilligung, und es habe hiermit ausgedrückt werden sollen, daß schon die Uebernahme einer Verpflichtung zur Verfügung der Einwilligung bedürftig sei. Weiter aber reiche diese Gegenüberstellung nicht, und daher könne auch ein obligatorisches Geschäft noch als Verfügung und die Eingehung von Verbindlichkeiten noch als „verfügen" im Sinne des § 2033 bezeichnet werden. Es sei aber auch nicht richtig, aus der in § 2033 den Miterben zustehenden Verfügungsmacht auf die Wirkung eines Vertrages, durch den der Miterbe über seinen Anteil verfügt, zu schließen; aus dieser Verfügungsmacht könne nicht der Schluß abgeleitet werden, daß eine solche Verfügung dingliche Wirkung und einen einheitlichen Uebergang aller Rechte zur Folge haben müsse. Da nach allgemeinen Grundsätzen für den dinglichen Rechtserwerb Uebergabe oder Auflassung und Eintragung Bedingung sei, so könnten diese Voraussetzungen bei Veräußerung eines Erbteils nicht lediglich deshalb entbehrlich sein, weil dem Miterben die Berechtigung zum Verfügen zugestanden sei. Das könne daraus, daß nach § 2032 die Verfügung gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert, um so weniger geschlossen werden, als ja diese Form auch für die Verfügung über das Alleinerbrecht vorgeschrieben sei, die doch keine dingliche Wirkung habe. Im Wesen der Anteile liege aber eine Rechtfertigung für die herrschende Meinung nicht, da nach § 747 zu Verfügungen über Eigentumsanteile Auflassung und Eintragung erforderlich sei; § 747 aber spreche nur dasselbe aus, was auch § 2033 enthalte, nämlich die Zulässigkeit der Verfügung über den Anteil. In der Folge kommt sodann Wendt zu dem Ergebnis, daß unter dem Anteil am Nachlaß im § 2033 der Anspruch auf das zu verstehen sei, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen werde.[1]) Eine Veräußerung des Anteils sei daher eine Abtretung dieses Anspruchs; Verpfändung und Nießbrauchbestellung hätten den gleichen Gegenstand. Die Erwerber würden dadurch also zu der Rechtsstellung eines Beteiligten bei der Auseinandersetzung gelangen.

Wendts Auffassung widerlegt sich jedoch schon im Hinblick auf § 2035, der von der erfolgten „Uebertragung" des Anteils am ungeteilten Nachlaß handelt und das Vorkaufsrecht

1) Wendt, a. a. O., S. 453, 455.

der Miterben trotz des dinglichen Rechtserwerbes des Erbschaftskäufers auf den Erwerber erstreckt. Jene Auffassung würde ferner aber auch dazu führen, daß der Miterbe — ungeachtet der ihm durch § 2033 eingeräumten rechtlichen Macht zur Verfügung über seinen Anteil am ungeteilten Nachlaß — doch im Erfolg dem Gesellschafter gleichgestellt würde, dem jedoch das Gesetz im § 719 die Möglichkeit einer Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ausdrücklich versagt. Das Gesetz will also ersichtlich die Rechtstellung des Miterben anders ordnen, als die des Gesellschafters. Schließlich müßte auch, wenn man Wendts Ansicht folgt, § 2033, I, überflüssig erscheinen. Nach § 2371 nämlich ist der Alleinerbe berechtigt, eine obligatorisch wirkende Verfügung über die ihm angefallene Erbschaft zu treffen, § 1922, II, aber bestimmt, daß die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften auf den Miterbenanteil Anwendung finden. In der Rechtslehre ist denn auch Wendts Auffassung allgemein abgelehnt worden. [1]) Aber auch die Praxis hat sich seiner Auffassung nicht angeschlossen. [2]) So führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus: [3]) „Die Erben stehen, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand. Ueber seinen Anteil am Nachlaß kann jeder Miterbe verfügen (§ 2033). Gegenstand der Verfügung ist die aus der Erbengemeinschaft sich ergebende Rechtsstellung. Es handelt sich dabei nicht um eine bloße Abtretung des Anspruchs auf das, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird; die Verfügung hat dingliche Wirkung, sie bewirkt, daß der Erwerber des Erbteils an Stelle des ausscheidenden bisherigen Mitberechtigten in das Gesamthandsverhältnis eintritt."

Von Bedeutung ist schließlich die Frage, nach welchem Maßstabe sich die Höhe des Miterbenanteils richtet, wenn es zur Fruchtteilung oder Auseinandersetzung kommt. Hierbei sollen nämlich die einzelnen Nachlaßgegenstände aus dem Gesamthandsvermögen ausscheiden und in das Privatvermögen der Miterben übergehen. Nach welchem Zahlenverhältnis dann die verschiedenen Gegenstände auf den einzelnen Miterben übertragen werden sollen, richtet sich nach der sog. Erbquote. Sie ergibt sich bei der Erbengemeinschaft aus dem vom Gesetz oder durch Verfügung des Erblassers festgestellten Bruchteilen. [4])

1) Staudinger, V, Anm. 1 a zu § 2033; Strohal S. 97, Anm. 16, 19; v. Tuhr Bd. I, § 20, S. 363 ff.; Pringsheim, Rechtstellung S. 31, Josef in Ziv.A. Bd. 99, S. 320 ff.; Eccius in Gruch. Bd. 43, S. 807; Hellwig, Rechtskraft S. 208.

2) RG Bd. 60/126 ff.; 83/30; OLG Bd. 26, S. 298 ff.; 30/180 ff.; 40/110; JW 1905, S. 205.

3) RG Bd. 80/30.

4) v. Tuhr, Bd. I, S. 79, Anm. 6.

Das Anteilsrecht des Miterben am Nachlaß bestimmt sich daher nicht nach der Höhe des Wertes der Nachlaßgegenstände, die dem Miterben bei einer späteren Auseinandersetzung tatsächlich zufallen, sondern nach der Zahl der mit ihm berufenen Erben oder aber nach den vom Erblasser durch Verfügung von Todeswegen festgestellten Bruchteilen. Auf den Bestand seines Erbteils übt es demnach auch keinen Einfluß aus, wenn der Miterbe etwa bei der Auseinandersetzung infolge ausgleichungspflichtiger Zuwendungen nichts erhält, sein Anteil am Nachlaß bleibt dennoch der gleiche. Die Erbquote drückt also die Höhe des Anteils aus, sie besagt, wieviel jeder Miterbe zu bekommen hat, wenn eine Verteilung stattfindet, nicht aber, was ihm schon jetzt zusteht. Solange also eine Fruchtteilung oder Auseinandersetzung nicht erfolgt, hat auch die Erbquote keine besondere praktische Bedeutung [1]) und bildet im übrigen nur den Maßstab für einen aus dem Miterbenanspruch entspringenden einzelnen Anspruch. Insofern allerdings hat der Miterbenanspruch auch einen gewissen Geldwert, als der Ertrag des Gesamtvermögens den einzelnen Miterben zufällt (§ 2038 II) und schließlich eine Auseinandersetzung stattfindet, durch welche die Bestandteile des Gesamtvermögens dem Privatvermögen der Miterben anfallen. [2])

2. Der Begriff der Verfügung

§ 7

a) Die rechtsgeschäftliche Verfügung

Der Begriff der Verfügung ist in der Literatur im wesentlichen nicht mehr bestritten. Im Gesetz selbst finden wir zwar eine Begriffsbestimmung nicht. Die herrschende Meinung [3]) geht jedoch dahin, daß unter Verfügung ein dingliches Rechtsgeschäft zu verstehen sei, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Von der eigentlichen Verfügung ist scharf zu unterscheiden die Verpflichtung zur Verfügung, das obligatorisch wirkende Kausalgeschäft, das regelmäßig der Verfügung vorangeht. Die Bedeutung dieser Unterscheidung mag durch ein Beispiel erläutert werden. Schließt ein Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß mit einem Dritten einen Kaufvertrag ab, so erlangt der Dritte, wenn man der Verfügung des Miterben nur obligatorische Bedeutung beimißt, nur einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände. Steht man dagegen auf dem Standpunkt,

1) Kreß, S. 2.
2) v. Tuhr, Bd. I, S. 359.
3) z. B. v. Tuhr, Bd. II, 1, S. 328; Crome Bd. I, S. 326 Nr. 17; Strohal, Bd. I, S. 82, Anm. 2; Staudinger V, Anm. 1 g zu § 2033.

daß die Verfügung als dingliches Rechtsgeschäft aufzufassen ist, dann tritt der Käufer schon mit Abschluß des Vertrages unmittelbar in die Gemeinschaft am Nachlasse als Anteilsberechtigter ein, und es bedarf keiner besonderen Uebertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände. Im übrigen unterscheidet auch das BGB selbst ganz klar zwischen der eigentlichen Verfügung und dem obligatorischen Kausalgeschäft. Das ergibt sich eindeutig z. B. aus § 1445: „Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück, sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung."

Allerdings ist die dingliche Natur der Verfügung im Sinne des § 2033 I nicht restlos unbestritten. So wird von Wendt [1]) mit eingehender Begründung die Ansicht vertreten, daß die Verfügung des Miterben über den Anteil am Nachlaß nur obligatorische Wirkung habe und infolgedessen die Uebertragung des Anteils nur die Abtretung des Anspruchs auf dasjenige bedeutet, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen werde. Wendt führt a. a. O. aus, daß die Unterscheidung zwischen dinglicher Verfügung und obligatorischem Kausalgeschäft nur insofern richtig sei, als in der Tat mehrfach der Verfügung selbst die Verpflichtung, sie herbeizuführen, gegenübergestellt werde, wie z. B. in den §§ 1444—1446, 1812, 1821, Ziff. 3, 1822, Ziff. 1, 2206. Bei dieser Gegenüberstellung handle es sich jedoch durchweg um die Notwendigkeit fremder Einwilligung, und es sollte dadurch besonders ausgedrückt werden, daß schon die Uebernahme einer Verpflichtung zur Verfügung der Einwilligung bedürftig sei. Weiter aber reiche die Bedeutung dieser Gegenüberstellung nicht und für den Sprachgebrauch folge daraus nicht, daß nicht auch ein obligatorisches Geschäft in vollem Maße als Verfügung bezeichnet werden dürfe. Wendts Ausführungen kann m. E. nicht beigetreten werden. Abgesehen von § 1445, der bereits im vorhergehenden Absatz erwähnt wurde, ergeben schon die §§ 1396 I und 1399 I, daß im BGB zwischen Verfügungen und bloßen Verpflichtungsgeschäften scharf unterschieden wird. Während nämlich § 1396 vertragsmäßige Verfügungen, die die Frau ohne Einwilligung des Mannes vornimmt, für unwirksam erklärt, bestimmt § 1399, daß Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, wirksam sind, auch wenn sie ohne Zustimmung des

---

1) Wendt, in ZivA. Bd. 89. S. 420 ff.; siehe auch Schmale im ZBl. 1904/1905, S. 368. — Gegen Wendt siehe u. a. Josef in ZivA. Bd. 99, S. 315 ff.; Leonhard, Anm. III, 3 zu § 2033; Binder, Rechtsstellung S. 90 ff.; Strohal Bd. II, S. 97 Anm. 19; Eccius in Gruch. Bd. 43, S. 807 ff.; RG Bd. 60/126 ff.

Mannes vorgenommen werden. Auch insoweit kann Wendt nicht zugestimmt werden, als er sich zur Begründung seiner Ansicht darauf beruft, daß in § 571 das Wort „Veräußerung“ im Sinne von „Kauf“ gemeint sei. In § 571 ist nämlich nur von der Eigentumsübertragung die Rede, dagegen nicht von dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft. Wäre Wendts Ansicht, daß die Verfügung des Miterben über den Anteil am Nachlaß nur obligatorische Wirkung habe, richtig, so würde der Miterbe hinsichtlich der Verfügungsmacht dem Gesellschafter gleichgestellt sein, dem in § 719 die Verfügungsmöglichkeit über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen ausdrücklich genommen ist. [1]) Schließlich würde es aber auch dem Zwecke des Gesetzes zuwiderlaufen, wollte man annehmen, daß die Verfügung im Sinne des § 2033, I nur obligatorischer Natur sei. Durch die Verfügungsmöglichkeit soll der Miterbe gerade die Möglichkeit bekommen, seinen Anteil am Nachlaß verwerten zu können. [2]) Dieser Zweck kann aber nur dann erreicht werden, wenn man der Verfügung dingliche Wirkung beimißt. Denn der Miterbe würde noch kein Entgelt erhalten, wenn er sich nur obligatorisch zur Uebertragung des Miterbenanteils verpflichten könnte.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Miterbe, der gemäß § 2033 I seinen Anteil am Nachlaß mit dinglicher Wirkung uno actu übertragen kann, günstiger gestellt ist, als der Alleinerbe. Denn der Alleinerbe kann seine ganze Erbschaft nicht uno actu übertragen, sondern er muß die beweglichen Sachen übergeben, Grundstücke auflassen und Forderungen abtreten. Es sind daher auch Zweifel gegen die Verfügung des Miterben als eine solche uno actu erhoben worden; insbesondere wird in der Regel darauf hingewiesen, daß der einzelne Miterbe eine Verfügungsmacht habe, die dem Alleinerben nicht gegeben sei, obwohl es sich in beiden Fällen um dieselben Vermögensgrößen handeln könne. [3]) Zweifellos bedeutet die Möglichkeit der Verfügung über den Nachlaßanteil eines Miterben eine Abweichung von dem Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften nicht vorhanden ist. Diese Abweichung wird von den Protokollen folgendermaßen begründet: [4]) Der Miterbe trete bei der Erbengemeinschaft in ein persönliches Verhältnis, das den Einzelnen der Gesamtheit unterordne. Der einzelne Miterbe habe nicht wie nach römischen Recht eine Anzahl selbständiger Vermögensrechte, sondern nur Mitgliedschaftsrechte in der Gemein-

1) Vgl. Strohal, Bd. II, S. 97 Anm. 19.
2) Vgl. Prot. V, S. 837 ff.
3) Vgl. Pringsheim, Rechtsstellung S. 56 oben; Stohwasser, S. 58.
4) Vgl. Prot. V, S. 837 ff.

schaft. Das hindere jedoch nicht, daß die einzelnen sich aus dieser Mitgliedschaft ergebenden Rechte durch einen einzigen Akt übertragen werden können, welcher nicht der Form bedürfe, die für die einzelnen Uebertragungen erforderlich sein würde. Die Zulassung einer solchen einheitlichen dinglichen Verfügung über den Miterbenanteil ermögliche dem einzelnen Miterben eine Verwertung seines Anteils und mildere somit die Härten der Erbengemeinschaft, die nur von vorübergehender Dauer und nicht so enger Natur sei, wie z. B. die Ehe. Gegen das Eindringen aber eines unwillkommenen Genossen biete das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben eine Abwehr. Es müßten daher des praktischen Bedürfnisses wegen die juristischen Schwierigkeiten überwunden und auch die anscheinende Inkonsequenz in den Kauf genommen werden, daß der Alleinerbe nicht imstande sei, über die ihm angefallene Erbschaft dinglich zu verfügen, der Miterbe aber hinsichtlich seines Anteils dies könne.

Diese Inkonsequenz ist allerdings in der Tat vorhanden und läßt sich umso weniger leugnen, als die §§ 2371, 2374, 2385 nach § 1922, II auch für die Veräußerung eines Erbteils gelten sollen. Der Erbschaftskauf, der in den §§ 2371 ff. behandelt ist, stellt das Veräußerungsgeschäft dar, auf Grund dessen erst die Uebertragung der verkauften Nachlaßgegenstände durch die einzelnen entsprechenden Uebertragungsakte gemäß § 2374 zu erfolgen hat.[1]) Der Alleinerbe kann also zwar gemäß § 2371 ebenfalls einen Vertrag über die Veräußerung der Erbschaft schließen, die Veräußerung wirkt aber nur schuldrechtlich, während zur Erfüllung des Vertrages erst die Uebertragung der verkauften Nachlaßgegenstände durch die einzelnen entsprechenden Uebertragungsakte erfolgen muß. Der Miterbe dagegen kann gemäß § 2033, I mit dinglicher Wirkung über den Miterbenanteil uno actu, durch einen einheitlichen Rechtsakt verfügen. Trotz dieses Gegensatzes ist die dem Miterben in in § 2033, I eingeräumte Verfügungsmacht sachlich gerechtfertigt. Der Alleinerbe kann nämlich, wenn er die ihm angefallene Erbschaft gemäß § 2371 verkauft hat, seiner Verpflichtung hinsichtlich der Uebertragung des Eigentums durch die dingliche Uebertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände nachkommen. Das wäre aber dem Miterben nicht möglich, weil er über einen einzelnen Nachlaßgegenstand nicht verfügen kann, er wäre also insoweit gegenüber dem Alleinerben erheblich benachteiligt. Es entsprach daher der Billigkeit, dem Miterben gemäß § 2033 I zu helfen und ihm so die Möglichkeit zu geben, seinen Anteil am Nachlaß verwerten zu können.

1) Vgl. Staudinger V, Anm. 1 b zu § 2033.

Bei der Gesellschaft ist die Verfügungsgewalt deshalb anders geregelt, weil hier jeder Teilhaber freiwillig einen Teil seines Vermögens festgelegt hat. Ebenso hat die Ehefrau, die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, sich gleichfalls freiwillig der Beschränkung unterworfen und genießt schließlich auch indirekt alle Vorteile ihres Vermögens.[1]) Im Gegensatz dazu entsteht die Erbengemeinschaft ohne einen darauf gerichteten Willen der Beteiligten und ist von vornherein nicht auf Fortdauer, sondern auf Beendigung durch Auseinandersetzung gerichtet. Bei der Regelung des Miterbenverhältnisses war es daher aus den dargelegten Gründen nur billig, dem Miterben das Recht einzuräumen, über seinen Anteil am Nachlaß mit dinglicher Wirkung verfügen zu können.

§ 8

b) Die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung

Im Bürgerlichen Gesetzbuch werden aber neben den rechtsgeschäftlichen Verfügungen auch diejenigen Handlungen als Verfügungen bezeichnet, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen (Zwangsverfügungen[2]). Solche Verfügungen, die das Gesetz den rechtsgeschäftlichen gleichstellt, finden wir z. B. in den §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883 und 2115. Damit steht also auch die Zwangsvollstreckung gegen den verfügungsberechtigten Miterben einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleich; § 859, II ZPO bestimmt nämlich, daß der Erbteil, im Gegensatz zu den einzelnen Nachlaßgegenständen, der Pfändung unterworfen ist.[3]) Die Begründung eines Pfandrechts am Miterbenanteil ist daher außer durch Vertrag auch im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 857, 828 ff. ZPO) oder der Arrestvollziehung (§ 930 ZPO) möglich; in beiden Fällen erfolgt die Bestellung des Pfandrechts am Erbteil durch Pfändung. Auf diesem Wege kann also eine Verfügung über den Erbteil getroffen werden, ohne daß es der Mitwirkung des betreffenden Miterben bedarf.

Zu den Zwangsverfügungen gehören vor allem die Pfändung, §§ 803, 930 ZPO, die Eintragung einer Zwangshypothek, §§ 866, 932 ZPO, die Ueberweisung der gepfändeten Forderung, § 835 ZPO und schließlich der Zuschlag im Zwangsverstei-

1) Vgl. Leonhard, Anm. 1 zu § 2033.

2) Dieser Ausdruck, der von Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, 1 S. 260 vorgeschlagen wird, soll in den folg. Erörterungen als Abkürzung verwandt werden.

3) RG Bd. 59/180.

gerungsverfahren, § 90 ZVG. Der Sinn und Zweck der Zwangsverfügung ist, die Haftung des schuldnerischen Vermögens durchzusetzen. Nimmt der Schuldner nicht selbst die Verfügungen vor, die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlich wären, so tritt bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen an ihre Stelle eine Zwangsverfügung, auf Grund derer der Gläubiger in die Lage versetzt wird, sich mit Hilfe der Staatsgewalt für seine Forderung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen. Der Unterschied zwischen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen und den Zwangsverfügungen besteht also darin, daß diese nicht Rechtsgeschäfte sind, sondern Staatsakte, durch die auf Veranlassung und zugunsten des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners eingegriffen wird. [1])

Die vorstehenden Ausführungen über die Zwangsverfügungen mögen an dieser Stelle einstweilen genügen; nähere Erörterungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Pfändung des Erbteils vor sich geht und welche Wirkung sie im Einzelnen zur Folge hat, bleiben einem späteren Abschnitt vorbehalten.

3. Die einzelnen Arten der Verfügungen

a) Die Uebertragung des Miterbenanteils

§ 9

aa) Der Gegenstand der Uebertragung

Nachdem wir den Begriff der Verfügung und das Wesen des Miterbenanteils festzulegen versucht haben, können wir nun dazu übergehen, uns im Einzelnen mit den verschiedenen Arten der Verfügungen, die der Miterbe über seinen Anteil treffen kann, zu beschäftigen. Von diesen Verfügungen ist wohl die wichtigste und im täglichen Leben häufigste die Uebertragung des Miterbenanteils. Im allgemeinen wird hier als obligatorisches Rechtsgeschäft ein Erbschaftskauf gemäß den §§ 2371, 1922, II zugrunde liegen, es können aber beispielsweise auch Tausch oder Schenkungen in Frage kommen. Zu beachten ist jedoch, daß im Falle eines Verkaufs die übrigen Miterben innerhalb einer Frist von zwei Monaten zum Vorkauf berechtigt sind (§ 2034).

Bei der Darstellung der Uebertragung des Miterbenanteils taucht zunächst von selbst die Frage auf, was denn überhaupt als Gegenstand der Uebertragung in Betracht kommt. Die Beantwortung der Frage ergibt sich ohne weiteres aus unseren

1) Vgl. v. Tuhr, Bd. II, 1 S. 260 ff.

Betrachtungen über das Wesen des Miterbenanteils (vgl. hierzu § 6 oben S. 26 ff.). Danach kann Gegenstand der Uebertragung niemals ein einzelner Nachlaßgegenstand oder ein Anteil hieran sein, sondern nur die Mitberechtigung des übertragenden Miterben am Gesamthandvermögen, am Nachlaß als Ganzem.[1]) Einen Erbanspruch oder ein Erbrecht am einzelnen Bestandteil des Nachlasses gibt es begrifflich und nach dem Recht des BGB nicht; ein solcher Anspruch kann daher auch nicht Gegenstand der Verfügung des Erben oder Miterben sein. Die Uebertragung des Anteils betrifft somit nicht etwa die einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Rechte, sondern das Rechtsverhältnis, in dem der Miterbe zum Nachlaß als Ganzem steht. Es findet nicht ein Uebergang von Rechten aus einem Vermögen in ein anderes statt, sondern ein Wechsel in den Subjekten eines Vermögens, dessen objektiver Bestand unverändert bleibt. Bei der Uebertragung des Miterbenanteils gelten daher auch nicht die Formen und Regeln einer Singularsukzession: Abtretung von Forderungen, Auflassung von Grundstücken oder Uebergabe der beweglichen Sachen, die zum Gesamthandsvermögen gehören, sind hier nicht erforderlich.

Im übrigen spricht für unsere Ansicht auch die Fassung des § 2033. In § 2033 II heißt es nämlich, daß der Miterbe über seinen „Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen" nicht verfügen kann. Es ergibt sich also unmittelbar aus dem Gesetz, daß die dem Miterben in § 2033, I eingeräumte Verfügungsmacht an seinem Anteil am Nachlaß nicht eine Verfügung über eine Mehrheit von Gegenständen ist, vielmehr diese Verfügung das Rechtsverhältnis betrifft, in dem der Miterbe zum Nachlaß als Ganzem steht. Daraus folgt aber auch, daß die Verfügung über den Anteil am Nachlaß seitens eines Nicht-Miterben durch den öffentlichen Glauben des Erbscheins nicht gedeckt wird. Denn die Verfügung über den „Anteil am Nachlaß" ist nicht eine Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände — dann würde sie ja kraft des Erbscheins gemäß § 2366 wirksam sein — sondern eine Verfügung über einen gar nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstand, nämlich das Rechtsverhältnis der Zugehörigkeit des Miterben zur Erbengemeinschaft.

Der Gegenstand der Uebertragung ist aber auch nicht gleichbedeutend mit dem Auseinandersetzungsguthaben des Miterben, d. h. mit dem, was dem Miterben bei der Auseinandersetzung

---

1) Vgl. hierzu Strohal, Bd. II, § 64, II, 3; Sohm im BürgA., Bd. 28, S. 199, Nr. 24; v. Tuhr, Bd. I, § 20, S. 361; Staudinger V, Anm. 1 b zu § 2033; RG 60, S. 162 ff.; 61/67 ff.; 84/396; 90/233 ff.

zufallen wird.[1]) Bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches sind zwar die Ansprüche auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, gemäß § 717 übertragbar, dagegen kann der einzelne Teilhaber nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen (§ 719). Andererseits ist bei der Erbengemeinschaft jedem Miterben die Verfügung über seinen Anteil am Nachlaß gestattet (§ 2033), dagegen wird eine Verfügung über andere Ansprüche, insbesondere über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht erwähnt. Diese gegensätzliche Regelung war aber vom Gesetzgeber gewollt. Bei der 2. Lesung des Entwurfs des BGB wurde beantragt,[2]) die Vorschrift über das Verfügungsrecht dahin zu fassen, daß der Miterbe über das verfügen könne, was ihm aus dem Nachlaß an Früchten „bei der Auseinandersetzung zukommt." Dieser Antrag wurde jedoch zurückgezogen, nachdem dagegen eingewendet war, der Miterbe würde danach nicht die Stellung eines solchen, sondern nur einen Anspruch auf Auseinandersetzung erhalten. Der Gesetzgeber wollte also offenbar das Verfügungsrecht der Teilhaber bei der Gesellschaft anders regeln als das der Miterben bei der Erbengemeinschaft. Es ist aber auch gar kein Bedürfnis dafür vorhanden, daß dem Miterben, der bereits die Möglichkeit hat, sein ganzes Recht zu übertragen, noch das Recht eingeräumt wird, auch das Auseinandersetzungsguthaben abzutreten. Dadurch wäre ja die Möglichkeit gegeben, daß der Miterbe zunächst den Auseinandersetzungsanspruch abtreten und dann über seinen Anteil im ganzen verfügen könnte. Die Folge aber davon wäre, daß derjenige schwer geschädigt würde, der hinterher den Erbteil nach § 2033 erwirbt: er erhielte nichts und hätte dennoch für Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen. Wir werden also daran festhalten müssen, daß die Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht nur einem späteren Erwerber gegenüber unwirksam, sondern überhaupt nichtig ist; dagegen wäre die Abtretung jenes Anspruchs wohl imstande, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen.

Wenn wir uns mit der Uebertragung des Anteils des Miterben am Nachlaß beschäftigen, müssen wir uns aber auch darüber klar sein, was überhaupt zum Nachlaß gehört. Denn nur das kann zum A n t e i l am Nachlaß gehören, und infolgedessen auch mit ihm übertragen werden, was im Augenblick der Uebertragung als zum Nachlaß gehörig anzusehen ist. Der Gegen-

1) Vgl. hierzu Leonhard, Anm. IV zu § 2033; Planck V, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 2033; Kretzschmar im Recht 08, 265 ff.; RG 60/126 ff.; Pringsheim Rechtsstellung S. 74 ff.

2) Vgl. Protokolle V, S. 837 ff., 842.

stand des Nachlasses aber, d. h. das Vermögen des Erblassers zur Zeit des Erbfalles, bleibt in der Zeit zwischen Erbfall und Auseinandersetzung sich nicht gleich, sondern unterliegt vielfachen Veränderungen. Alte Bestandteile können fortfallen und neue Gegenstände auf Grund des Surrogationsprinzips hinzukommen, das, wie in den verwandten Fällen der Gesellschaft (§ 718, II) und der Gütergemeinschaft (§ 1473), auch hier gemäß § 2041 zur Anwendung kommt. Nach § 2041 gehört auch das zum Nachlaß, was auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht. Kraft der dinglichen Surrogation wird also im Verhältnis unter den Miterben ohne weiteres Bestandteil des Nachlasses, was auf Grund eines Rechts, z. B. durch Erfüllung einer Schuld an den Nachlaß, oder als Ersatz für Nachlaßgegenstände, Sachen und Rechte, oder schließlich durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlaß bezieht, erworben wird, Zum Nachlaß gehört daher auch das, was ein Miterbe mit eigenen Mitteln für den Nachlaß erworben hat, sofern sich nur das Rechtsgeschäft, das den Erwerb vermittelt, auf den Nachlaß bezieht. Andererseits kann es nicht genügen, daß der Erwerb mit Mitteln der Erbschaft erfolgt ist, wenn das Rechtsgeschäft ohne Beziehung auf den Nachlaß abgeschlossen wurde. Wann eine solche Beziehung vorhanden ist, läßt sich nur im einzelnen Falle beurteilen. Im allgemeinen wird es zwar davon abhängen, ob der rechtsgeschäftlich tätig werdende Miterbe für sich oder für den Nachlaß erwerben will; hinzukommen muß jedoch weiterhin noch, daß das Geschäft auch objektiv mit dem Nachlaß in Zusammenhang gebracht werden kann. [1]) Im übrigen sind auch die Surrogate Gegenstände der Verwaltung und Auseinandersetzung, ein Miterbe allein ist daher gemäß § 2033, II zur Verfügung nicht berechtigt. Sind einzelne Nachlaßgegenstände durch Beschädigung, Zerstörung oder auf andere Weise dem Nachlaß entzogen, so ist das ein Verlust, der alle am Nachlaß beteiligten Personen trifft. Wird für diesen Verlust Ersatz geleistet, so muß derselbe zur Ausgleichung des Schadens dem Nachlaß zugute kommen. [2])

Bei dem Erwerbe durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlaß bezieht, kommt es übrigens nicht darauf an, daß gerade ein Erbe dieses Rechtsgeschäft vornimmt. Dieselben

---

1) RG vom 24. Juni 1911; SächA. Bd. 6, S. 516.

2) Vgl. Endemann, § 135, IV c; Strohal II, S. 339; Leonhard, Anm. 1 zu § 2041; RGRKom. V Anm. 1 zu § 2041; Planck V, Anm. 1 zu § 2041; Staudinger V Anm. 1 und 2 zu § 2041.

Vorschriften kommen vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn ein anderer solche Geschäfte abschließt, der außerhalb der Erbengemeinschaft steht.[1]) Außer den Miterben werden allerdings nur solche Personen im allgemeinen in Frage kommen, die dem Nachlaß z. B. als Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter oder Beauftragter der Miterben nahestehen. Daß von einem völlig Unbeteiligten Rechtsgeschäfte in Beziehung auf den Nachlaß vorgenommen werden, dürfte in der Praxis wohl nur selten vorkommmen.

Bestritten ist die Frage, ob auch die Schulden zum Nachlaß gehören und demgemäß als dessen Bestandteile auf die Erben übergehen oder ob die Schuldenhaftung erst eine Folge des Erbschaftserwerbes und aus § 1967 zu folgern ist. Die Vorschriften, von denen wir hierbei zunächst ausgehen müssen, sind die §§ 1922 und 2032. Nach § 1922 geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über. Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird gemäß § 2032, I der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben. Darüber aber, wie man sich den Uebergang des Vermögens als Ganzes auf die Erben vorzustellen hat, herrschen Meinungsverschiedenheiten.

Nach der einen Ansicht[2]) gehören zum Vermögen nur die der Vererbung nicht entzogenen Berechtigungen, dagegen nicht die Verbindlichkeiten des Erblassers. Dieser Auffassung soll auch nicht entgegenstehen, daß das Vermögen des Verstorbenen nach § 1922 „als Ganzes“ auf eine oder mehrere Personen übergeht. Diese Bestimmungen bringen nur zum Ausdruck, daß der Uebergang der vererblichen Rechte des Erblassers auf Grund einer einheitlichen causa erfolge. Durch § 2058 sei zwar für die Miterben vorgeschrieben, daß sie auch für die Nachlaßverbindlichkeiten haften. Diese Haftung bestehe jedoch nicht deshalb, weil die Verbindlichkeiten des Erblassers in dessen hinterlassenem Vermögen inbegriffen seien, sondern sie treten zur Nachfolge des Erben in das Vermögen, d. h. in die Rechte des Erblassers, nur äußerlich hinzu. Lediglich aus Gründen der Billigkeit sei den Erben des von ihnen per universitatem erworbenen Vermögens durch die Rechtsordnung die Haftung für die Verbindlichkeiten auferlegt. Dieser Ansicht kann man jedoch m. E. nicht zustimmen. Wir werden vielmehr sagen müssen, daß das Vermögen des Verstorbenen, das gemäß § 1922 „als Ganzes“ auf die Erben übergeht, die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers dar-

1) Frommhold zu § 2041.
2) So Binder I, S 7 ff; Hellwig Rechtskraft S. 310 ff.; Dernburg, Bürg.R. I § 103, 2; Kipp, Erbr. § 1 III.

stellt, soweit sie nicht mit dessen Tode erlöschen. [1]) Zu dieser Gesamtheit der Beziehungen gehören aber auch die Verbindlichkeiten des Erblassers. Richtig ist zwar, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in der Regel (Vgl. §§ 311, 419, 1058) unter „Vermögen" den Inbegriff der einer Person zustehenden wirtschaftlich verwertbaren Sachen und Rechte versteht, d. h. also das Aktivvermögen ohne Einbeziehung der darauf lastenden Verbindlichkeiten [2]) Man könnte daher der Meinung sein, daß der Ausdruck „Vermögen" in diesem Sinne auch in § 1922 gebraucht sei. Für einen weiteren Vermögensbegriff an dieser Stelle spricht jedoch, daß der Erbe in die gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers eintritt. Es ist das der Begriff der Universalsukzession, der aus dem bisherigen Recht überkommen ist. So erstreckte sich nach dem römischen, gemeinen und preußischen Recht die Gesamtnachfolge nicht nur auf die Berechtigungen, sondern auch auf die Verbindlichkeiten. [3]) Es spricht also auch die historische Entwicklung dafür, daß das Gesetz mit dem Uebergang des „Vermögens als Ganzem" einen erweiterten Begriff verbindet, wie im übrigen auch in § 304 HGB in diesem Begriff die Schulden ebenfalls einbegriffen sind. Es kommt noch hinzu, daß auch solche Beziehungen des Erblassers übergehen, die keine vermögensrechtlichen Werte darstellen, also auch nicht zum eigentlichen Vermögen gehören: beispielsweise seien hier nur genannt, der Besitz (§ 857 BGB) oder das Firmenrecht (§ 22 HGB). Schließlich kann ein Uebergang des „Vermögens" auf die Erben auch dann erfolgen, wenn gar keine Aktiva, sondern nur Schulden vorhanden sind; nach der ersten Ansicht wäre in diesem Falle ein Vermögensübergang nicht möglich, eine Erbfolge könnte demgemäß gar nicht stattfinden. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß zum Nachlaß, und damit auch zum Anteil am Nachlaß, nicht nur die Rechte, sondern auch die Schulden gehören, die ebenso wie die Rechte ohne weiteres nach § 1922 auf den Erben und Miterben übergehen.

In diesem Zusammenhange müssen wir auch darauf eingehen, ob hinsichtlich der Höhe des Miterbenanteils eine etwa später stattfindende Ausgleichung mit zu berücksichtigen ist, weil der Erwerber eines Miterbenanteils auch in die Rechte und Pflichten auf Ausgleichung eintritt: so ist z. B. für den Fall des Erbschaftskaufs im Gesetz ausdrücklich anerkannt, daß nach § 2372 dem Erbschaftskäufer die Vorteile aus der Ausgleichungs-

1) Vgl. Strohal, I § 1; Kretzschmar § 4, III; Crome V, § 641, Anm. 18; Staudinger V Anm. 2 a zu § 1922; Planck V, Anm. 2 a zu § 1922; RGR-Kom. V Anm. 5 zu § 1922; Leonhard Anm. II A zu § 1922.
2) Vgl. RG 69/285.
3) Enneccerus-Nipperdey Bd. I, §§ 124, 1, 4; 133, III.

pflicht eines Miterben gebühren, während ihm andererseits für eine bestehende Ausgleichungspflicht des Verkäufers gemäß § 2376 dieser gewährleistungspflichtig ist. Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, daß die Miterben in Ansehung des Gesamthandsvermögens nur nach Maßgabe ihrer Erbenstellung anteilsberechtigt sind; jeder Miterbe erwirbt also nur eine Quote des ganzen Nachlasses nach Maßgabe seines nominellen Erbteils. Die Erbquote gibt demnach den Maßstab an, nach dem sich der Umfang der Anteilsberechtigung des Miterben bestimmt. Wie nun aber die Höhe dieses Anteilsrechts zu berechnen ist, insbesondere ob hierbei eine etwa später stattfindende Ausgleichung mitberücksichtigt werden muß, darüber herrscht in der Wissenschaft Streit.

Zwei Auffassungen stehen sich hier gegenüber. Nach der einen Ansicht[1]) wird verlangt, daß bei der Bestimmung des Anteilsrechts die Ausgleichungspflicht zu berücksichtigen sei. Wenn die Anteilsberechtigung eines Miterben am Nachlaß sich nach der Maßgabe seiner Erbenstellung richte, so bedeute das noch nicht, daß die Anteilsberechtigung nun schlechthin nach dem seiner Berufung zur Erbschaft entsprechenden Bruchteil zu bewerten sei. Der durch den Bruchteil ausgedrückte Wert des Anteils könne unter Umständen durch Vorempfänge, die der Ausgleichung bedürfen, stark beschränkt werden. Es wäre danach mit Billigkeit nnd Rechtsvernunft unvereinbar, wenn ein gesetzlich zur Miterbschaft Berufener, dem infolge reicher Vorempfänge bei der Auseinandersetzung kein Nachlaßanteil gebührt, bis zur erfolgten Auseinandersetzung alle Rechte eines Miterben nach dem Maßstab seines gesetzlichen Erbteils haben sollte. Das würde dem Rechtsgefühl widerstreiten und eine unbillige Härte gegenüber den übrigen Miterben bedeuten. Die Ausgleichungspflicht sei daher nicht eine den Ausgleichungspflichtigen belastende Verbindlichkeit (Schuld), sondern eine den Gehalt seines Erbrechts mindernde Eigenschaft, vermöge deren er aus dem Nachlaß weniger erhalte, als er, abgesehen von der Ausgleichungspflicht, zu erhalten haben würde. Dieser Ansicht ist jedoch m. E. nicht beizutreten; um ihr begegnen zu können, müssen wir etwas weiter zurückgreifen.

Die Ausgleichungspflicht beruht auf dem Grundgedanken, daß der Erblasser die Zuwendung im Voraus auf den Erbteil gemacht hat. Sie erfolgt gemäß den §§ 2050, 2055 nicht durch Rückgewähr des zugewendeten Gegenstandes in Natur oder dem Werte nach in die Erbmasse (Realkollation), sondern le-

1) Vgl. hierzu Strohal, § 66 S. 126 ff.; Dernburg V, §§ 182, II u. III, § 177, III; Crome § 738 Anm. 13; Leonhard Anm. 4 zu § 2055.

diglich durch Anrechnung oder Minderempfang auf den Erbteil (Idealkollation). Die zur Ausgleichung zu bringenden Vorempfänge stehen im freien Vermögen des Zuwendungsempfängers und bilden rechtlich keinen Bestandteil des Nachlasses; ihre Zugehörigkeit zu diesem wird durch die Anordnung der Ausgleichungspflicht von Seiten des Erblassers nicht begründet, auch nicht durch den Vollzug der Ausgleichung, der lediglich ein rechnerischer Vorgang ist. Aus den §§ 2050, 2055 ergibt sich aber auch weiter, daß die Ausgleichung erst bei Gelegenheit der Auseinandersetzung und auch dann nur innerhalb des Kreises der hiervon betroffenen Abkömmlinge erfolgt. Im Gegensatz hierzu sollte nach dem ersten Entwurf zum BGB (§§ 2157, 2163) die Ausgleichungspflicht von der Auseinandersetzung losgelöste, rein schuldrechtliche Beziehungen unter den beteiligten Miterben erzeugen, für die dingliche Gestaltung des Miterbenrechts aber nicht in Betracht kommen. Dieser Standpunkt wurde zwar von der 2. Kommission [1]) abgeändert und nunmehr die Ausgleichung in die Auseinandersetzung in der Weise eingegliedert, daß die Anteilsberechtigung an der Teilungsmasse durch sie eine von dem Verhältnisse der Erbschaftsquoten abweichende Gestaltung erhalten hat. Diese Wirkung tritt jedoch, wie im Gesetz in den §§ 2050 und 2055 betont ist, erst bei der Auseinandersetzung ein. Die Pflicht zur Ausgleichung und das entsprechende Recht haften zwar am Erbrecht der pflichtigen bezw. berechtigten Abkömmlinge; aber sie äußern sich nur dadurch, daß bei der Auseinandersetzung unter den Miterben und Abkömmlingen Ausgleichung zu erfolgen hat. Von einer weiteren Wirkung, die auch Dritten gegenüber eintritt, kann demnach nicht die Rede sein. Die Ausgleichungspflicht enthält zugunsten der übrigen Miterben eine Beschränkung des quantitativen Inhalts des Erbrechts des Pflichtigen, sein Erbteil wird nicht der Quote, sondern der tatsächlichen Größe nach vermindert. Die Ausgleichungspflicht bewirkt dagegen nicht, daß das Verhältnis der Erbteile der Miterben infolge der Ausgleichung sich ändert und die Erbteile sich somit verschieben. Die Wirkung der Ausgleichung ist vielmehr nur eine schuldrechtliche, keine dingliche. Zusammenfassend kommen wir also zu dem Ergebnis, daß bis zur Auseinandersetzung die Ausgleichungspflicht grundsätzlich keinen Einfluß auf die Gestaltung der Erbengemeinschaft ausübt, und zwar weder im inneren Verhältnis noch nach außen. Die Erbengemeinschaft als solche wird durch das Bestehen von Ausgleichungspflichten nicht berührt, die Miterben sind nur nach Maßgabe der den einzelnen zustehenden Erbschaftsquoten an der Verwaltung und Verfügung

1) Vgl. Prot. V, 893.

über die Erbschaft beteiligt und auch stimmberechtigt. Daher bleibt auch ein Miterbe, der durch ausgleichungspflichtige Zuwendungen bereits vollständig gedeckt ist, dennoch Teilhaber der Erbengemeinschaft mit den Rechten und Pflichten eines solchen (Anteil an der Verwaltung und Benutzung, § 2038, Anteil an der Verfügungsberechtigung, § 2040; Schuldenhaftung, §§ 2058 ff.). Als Folgerung ergibt sich aus dem oben Gesagten, daß die Vorteile aus der Ausgleichungspflicht und ebenso auch die Belastung mit einer Ausgleichungspflicht als Eigenschaft der Erbteile der Ausgleichungsberechtigten bezw. -pflichtigen anzusehen sind und somit der Erwerber eines Miterbenanteils hinsichtlich der Ausgleichungspflicht dieselbe Stellung erlangt wie der übertragende Miterbe selbst. [1])

Der Gesetzgeber spricht zwar in § 2033 nur schlechthin von einer Verfügung über den „Anteil am Nachlaß". Daraus ist jedoch noch nicht zu folgern, daß immer nur der ganze Anteil Gegenstand der Verfügung sein könne. Vielmehr wird man dem Miterben gestatten müssen, auch einen Bruchteil seines Erbteils auf eine andere Person gemäß § 2033 zu übertragen. [2]) Wenn nämlich der Miterbe über seinen ganzen Anteil verfügen kann, so muß ihm notwendig auch das geringere Recht, d. h. die Verfügung über einen Bruchteil des Erbteils zugestanden werden. Für diese Annahme spricht schließlich, daß der Anteil eines Miterben auch in dem Falle in mehrere Bruchteile zerfallen kann, wenn der Miterbe stirbt, bevor die Auseinandersetzung erfolgt ist. Die Uebertragung eines Bruchteils hat zur Folge, daß der Erwerber neben dem übertragenden Miterben in die Erbengemeinschaft eintritt und daher auch für die Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hat.

Im übrigen ist nicht erforderlich, daß der Erwerber eines Anteils am Nachlaß in jedem Falle ein Dritter sein muß. Die Bestimmung des § 2033 gestattet vielmehr jedem Miterben, seinen Erbteil auch auf einen andern Miterben zu übertragen. Der Anteil ist für jeden anderen Miterben eine fremde Sache, daher liegt auch ein Kauf einer eigenen Sache nicht vor. Werden sämtliche Anteile am Nachlaß auf einen Miterben übertragen, so wird dieser zwar nicht Alleinerbe im Rechtssinne; die Erben-

1) Vgl. Kipp, Erbrecht, § 89 Nr. VIII; Binder III, S. 187 ff.; Bähr im BürgA. Bd. III, S. 219; Staudinger V, Anm. I und II zu § 2050; § 2054 I; Planck 3, Aufl., Anm. 3 zu § 2055; RGRKom. Anm. 1 zu § 2050; Anm. 4 zu § 2055.

2) Vgl. Strohal § 97, Note 3 b; Pringsheim, Rechtsstellung, S. 46; Staudinger V, Anm. 1 c zu § 2033; RGRKom. 2 zu § 2033; Planck V, Anm. 1 zu § 2033; Kretzschmar, Erbrecht § 89 Note 6; Leonhard Anm. II D zu § 2033; RG in WarnE. 1913 Nr. 234; OLG Bd. 30, S. 183.

gemeinschaft ist jedoch nunmehr erloschen, und er ist jetzt nicht mehr in der Lage, gemäß § 2033 mit dinglicher Wirkung über einzelne Erbteile zu verfügen. [1])

§ 10

bb) Die rechtliche Stellung des Erwerbers

Im vorhergehenden (vgl. insbesondere § 9, S. 35 ff.) haben wir bereits gesehen, daß der Miterbe gemäß § 2033 Abs. I mit dinglicher Wirkung verfügen kann, daß ferner der Erwerber des Erbteils in die Rechtsstellung des Miterben als Teilhabers der Gemeinschaft eintritt und damit alle Rechte erlangt, die dem übertragenden Miterben hinsichtlich der Verwaltung und Nutznießung zustanden. An dieser Stelle müssen wir uns jetzt noch mit der sehr bestrittenen Frage beschäftigen, welche Wirkung die Uebertragung des Miterbenanteils auf die rechtliche Stellung des Erwerbers ausübt. Diese Frage ist auch heute noch nicht endgültig in der Wissenschaft geklärt, und auch das Reichsgericht läßt in seiner Rechtsprechung eine klare einheitliche Stellungnahme vermissen. [2]) Der Streit geht vor allem darum, ob durch die Uebertragung des Anteils am Nachlaß das Erbrecht des Miterben selbst übergeht, [3]) oder zwar seine Mitberechtigung am Nachlaß als Ganzem, nicht aber sein Erbrecht übertragen wird. [4])

Die erste Ansicht, die mit der Uebertragung des Nachlaßanteils das Erbrecht selbst auf den Erwerber übergehen läßt, geht davon aus, daß eine Scheidung von Erbrecht und Anteil der natürlichen Auffassung widerspreche: ein Erbrecht ohne Anteil am Nachlaß sei überhaupt nicht denkbar. Die Erbengemeinschaft stelle sich dar als eine durch Gesamtnachfolge entstehende Verbindung mehrerer Personen, die lediglich auf der Gesamtberechtigung am einheitlichen Nachlaßvermögen beruhe. Das rechtlich Wesentliche bilde hierbei die vermögensrechtliche Verknüpfung mit dem ungeteilten Nachlaß. Miterbe könne also nur sein, wer als Mitglied der Erbengemeinschaft einen Anteil an der Nachlaßeinheit habe. Anteil und Erben-

---

1) RG Bd. 88/118.

2) RG Bd. 64/173; 83/30; 88/117.

3) So Endemann, Erbrecht, S. 1033 und in JW. 1910, S. 89 ff; Leonhard Anm. III C zu § 2033; Binder III, S. 91 ff. (jetzt anders in BürgA. Bd. 34, S. 237 ff.; Kreß, S. 176 ff.; Schmale im ZBl. Bd. 4, S. 181 ff.

4) So Strohal in Festschr. f. Gierke, Weimar 1911; derselbe, Erbrecht S. 64 Anm. 20; Pringshaim S. 31 ff.; Staudinger V Anm. 1 e zu § 2033; RGRKom. Anm. 1 zu § 2033; Josef in ZivA. Bd. 99, S. 319.

mitgliedschaft ständen in rechtsnotwendiger Verbindung und Abhängigkeit miteinander; beides sei gleichwertig und identisch. Wer daher nach § 2033, I über seinen Anteil verfüge, übertrage damit inhaltlich zugleich seine Erbenmitgliedschaft, wie andererseits in der Uebertragung der Mitgliedschaft zugleich eine Verfügung über den Erbteil liege. Auf Grund seiner dinglichen Verfügung scheide der veräußernde Miterbe aus seiner Rechtsstellung als Erbe aus und an seine Stelle trete der Erwerber, der nunmehr als echter Miterbe angesehen werden müsse. Dagegen könne auch nicht eingewandt werden, daß „Erbe" im Sinne des BGB nur der unmittelbare Nachfolger des Erblassers, nur der beim Erbfall Berufene sei. Das treffe wohl als allgemeine Regel zu, deswegen sei jedoch noch nicht die Berechtigung gegeben, den Begriff des Erben nur in diesem beschränkten Sinne zu verstehen. Im Gesetz sei zwar gesagt, daß man auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen oder auf Grund einer Verfügung von Todes wegen oder schließlich durch Erbvertrag Erbe werden könne, nirgends sei aber ein anderer Erwerbsgrund für die Erbenstellung ausgeschlossen. Daher dürfe nicht die zugespitzte Auslegung des Wortes Erbe die ausschlaggebende Grundlage für eine Entscheidung bilden, die Frage müsse vielmehr lauten, wer der S a c h e nach Gesamtnachfolger sei. Dann aber werde man sagen müssen, daß der Erwerber eines Miterbenanteils tatsächlich die Erbenstellung erlange und damit eben Erbe werde. Es sei daher nur ein Streit um Worte, wenn man es ablehne, ihn trotzdem als Erben zu bezeichnen.

So überzeugend diese Erwägungen auf den ersten Anblick zu sein scheinen, kann man ihnen m. E. dennoch nicht folgen. Nach dem Gesetz ist es nicht möglich, daß das Erbrecht — abgesehen von der Erbeseinsetzung — durch Privatwillkür entstehen oder aufhören kann. Der Begriff des Erben ergibt sich aus § 1922, I: „Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über." Diese Begriffsbestimmung ist eine rein technische. Danach ist Erbe nur derjenige, der unmittelbar mit dem Tode des Erblassers in dessen Vermögen als Ganzes sukzediert, und zwar entweder auf Grund eines Testaments oder Erbvertrages oder schließlich auf Grund des Gesetzes selbst. Erbe ist daher nicht derjenige, der von dem ursprünglichen Erben die diesem zugefallene Erbschaft im Wege der Gesamt- oder Einzelnachfolge erwirbt. An dieser Begriffsbestimmung ist in den weiteren Bestimmungen des BGB überal festgehalten. Wer von Todes wegen in die gesamte Rechtsstellung des in § 1922 bezeichneten Erben eintritt, heißt gemäß § 1952 III „Erbe des Erben." Ebenso wird der rechtsgeschäftliche Erwerber unter Lebenden als „Käufer" oder sonst nach

seinem Erwerbstitel bezeichnet, nicht dagegen als Erbe (Vgl. die §§ 2035 ff., 2372 ff.). Zur Erbschaft berufen ist daher nach dem Sprachgebrauch des BGB immer nur der unmittelbar nach Gesetz, Testament oder Erbvertrag eintretende Gesamtrechtsnachfolger, niemals der Erbeserbe oder der rechtsgeschäftliche Erwerber. Dem BGB ist eine Veräußerung des Erbrechts, durch welche der Erwerber anstelle des Veräußerers Erbe würde, fremd. Es läßt in § 2033 nur Verfügungen über den Anteil eines Miterben zu, die Veräußerung des Anteils aber ändert die eingetretene Erbfolge nicht. Der Erwerber wird nicht, wie der Ersatzerbe, wenn der zunächst Berufene die Erbschaft ausschlägt, mit Rückwirkung auf die Zeit des Erbfalles Erbe. Es tritt auch nicht eine Nacherbfolge im Sinne des § 2100 ein, indem der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbes Erbe wird, nachdem zunächst der Veräußerer Erbe geworden ist. Der Erwerber des Anteils eines Miterben ist daher nicht selbst Erbe des Erblassers, sondern Rechtsnachfolger des übertragenden Miterben.

Der Auffassung, daß mit der Uebertragung des Erbteils zugleich das Erbrecht selbst übergehe, steht aber weiter entgegen, daß der Erwerber nicht vollständig in die Rechtsstellung des übertragenden Miterben eintritt. Nach § 2373 ist nämlich ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufs durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalles eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen. Verkauft ferner ein Erbe seine Erbschaft, so haftet er neben dem Käufer gemäß § 2382 den Nachlaßgläubigern gegenüber weiter. Nach den §§ 1922, II, 2385 greift diese Haftung aber auch im Falle der Veräußerung eines Erbteils Platz. Der Verkäufer eines Miterbenanteils haftet also auch weiterhin den Nachlaßgläubigern neben dem Käufer. Bleibt aber die Haftung des veräußernden Miterben den Nachlaßgläubigern gegenüber bestehen, dann kann von einer Uebertragung des Erbrechts selbst nicht mehr die Rede sein.

Geht aber das Erbrecht selbst nicht über, dann kann man auch nicht der Ansicht beitreten, daß der Erwerber im Erbschein als Erbe aufzuführen sei. Der Erbschein ist nach den §§ 2353, 2357 ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über das Erbrecht; er hat die Größe des Erbteils und etwaige Beschränkungen des Erben durch testamentarische Anordnungen, (Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung) anzugeben, und nur insoweit genießt er gemäß den §§ 2365 ff. den Schutz des öffentlichen Glaubens. Der Zweck des Erbscheins ist also der, im Interesse der Erben und derjenigen, die mit ihnen als Erben zu tun hätten,

das durch den Erbfall eingetretene Erbrecht zu beurkunden. Dagegen ist er nicht dazu bestimmt, über irgendwelche, das bezeugte Erbrecht nicht berührende sonstige Verhältnisse Auskunft zu erteilen, insbesondere nicht — abgesehen vom Falle des § 2369 — über den Bestand des Nachlasses und über die mit dem Bestande vorgenommenen Aenderungen. Steht man also auf dem Standpunkte, daß der Erbteilserwerber nicht Erbe ist, dann darf die Erbteilsübertragung im Erbschein nicht berücksichtigt werden. Irgendwelche praktischen Bedürfnisse dürfen zur Zulassung solcher Erbscheinserweiterungen nicht führen. Daher können wir auch nicht den Einwand gelten lassen, daß eine Berichtigung des Erbscheins aus dem Grunde vorzunehmen sei, weil sonst der ursprüngliche Miterbe noch weitere Verfügungen treffen und somit den Erwerber schwer schädigen könnte. Der Erbschein kann nur für den Inhalt und Umfang des Erbrechts, wie es mit dem Erbfall eingetreten ist, gewährleisten, nicht aber dafür, daß der Erbe über dasjenige, was ihm zugefallen ist, inzwischen nicht weiter verfügt hat. Dem praktischen Bedürfnisse aber wird schließlich dadurch genügt, daß der Erbteilserwerber sich durch eine Ausfertigung des gerichtlichen oder notariellen Uebertragungsvertrages und durch den Erbenausweis (Testament, Erbschein) des Veräußerers ausweisen kann. [1]) Aus allen diesen Gründen muß man daher m. E. zu der Ansicht kommen, daß mit der Uebertragung des Miterbenanteils wohl die Mitberechtigung am Nachlaß als Ganzem, nicht aber das Erbrecht des Miterben selbst auf den Erwerber übergeht.

In diesem Zusammenhange müssen wir noch darauf eingehen, welche Folgen in dem Falle eintreten, wenn bei Uebertragung des Nachlaßanteils die im Gesetz vorgeschriebene Form nicht eingehalten wird. Nach § 2033, I S. 2 bedarf nämlich ein Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Fehlt es nun an Einhaltung dieser Formvorschrift, so ist die Verfügung gemäß § 125 ohne weiteres nichtig. Wir haben aber bereits oben gesehen (Vgl. § 7 S. 30 ff.), daß unter Verfügung im Sinne des § 2033 nur der dingliche Vertrag zu verstehen ist, der von dem zugrundeliegenden obligatorischen Vertrage scharf unterschieden werden muß. Auch für den letzteren ist jedoch gemäß den §§ 2371, 2385, 1922, II gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich, wenn es sich um ein Veräußerungsgeschäft handelt, wie z. B. um Kauf oder Tausch. Zweifel können also auftauchen, wenn zwar die dingliche Verfügung gemäß § 2033 ordnungsmäßig beurkundet ist, der zugrunde liegende obligatorische Veräußerungsvertrag jedoch der vorgeschriebenen Form

1) Vgl. zu allem die auf S. 44 unter Anm. 4 angegebene Literatur.

ermangelt. Nach der einen Auffassung [1]) ist in diesem Falle § 313 Satz 2 analog anzuwenden. Darnach würde der ohne die Form des § 2371 abgeschlossene obligatorische Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig werden, sobald nach § 2033 die Uebereignung stattgefunden hat. Diese Ansicht ist jedoch m. E. nach mit Recht von Lehre und Rechtsprechung abgelehnt worden. [2]) Die analoge Anwendung des § 313 auf den Erbteilskauf läßt sich deshalb nicht rechtfertigen, weil dieser Vorschrift lediglich singuläre Bedeutung zukommt. In den Fällen, in denen eine Heilung des wegen Formmangels nichtigen obligatorischen Vertrages durch die nachfolgende Uebereignung erfolgt, hat der Gesetzgeber dies durch positive Vorschriften zum Ausdruck gebracht (Vgl. die §§ 313, 518, 766). Ein Grundsatz aber des Inhalts, daß formell fehlerhafte Verpflichtungsgeschäfte durch die spätere formgültige Verfügung gültig werden, ist im BGB nicht anerkannt. Man wird daher annehmen müssen, daß durch die formgerechte Verfügung über den Erbteil die Nichtigkeit des zugrundeliegenden obligatorischen Vertrages nicht geheilt wird, obwohl die vom Gesetz geforderte Form für beide Geschäfte die gleiche ist. Unter Umständen wird man jedoch in dem Verfügungsvertrag eine formgerechte Bestätigung des Grundgeschäfts nach § 141 erblicken können.

Da beide Verträge derselben Form bedürfen, steht nichts im Wege, sie in demselben Vertrage miteinander zu verbinden; in einem solchen Falle muß die gerichtliche oder notarielle Urkunde den Erfordernissen beider Rechtsgeschäfte entsprechen, d. h. sie muß die Bestimmungen des Kaufvertrages, insbesondere die Angabe des richtigen Kaufpreises und auch die dingliche Einigung über den Uebergang des Erbteils enthalten. [3]) Die Unabhängigkeit beider Verträge hat aber zur Folge, daß, wenn das Kausalgeschäft nichtig ist, deshalb der obligatorische Vetrag nicht nichtig wird. Dem dadurch geschädigten Veräußerer ist jedoch in diesem Falle gemäß den §§ 812 ff. die Möglichkeit gegeben, im Wege des Bereicherungsanspruchs den nunmehr ohne rechtlichen Grund übertragenen Anteil zurückzufordern.

In den vorangegangenen Ausführungen haben wir die rechtliche Stellung des Erwerbers eines Miterbenanteils im wesentlichen bereits gekennzeichnet: der Erwerber tritt, ohne daß das Erbrecht selbst auf ihn übergeht, in die Rechtsstellung des

1) Vgl. Leonhard, Anm. II A zu § 2033; Strohal § 64, S. 96, 97.
2) Vgl. Binder III, S, 97; Matthiaß § 324, II; Staudinger V, Anm. 2 zu § 2033; Planck V, Anm. 2 b zu § 2033; RGRKom. Anm. 4 zu § 2033; RG Bd. 129/123; 137/175; HRR. Bd. 34, S. 1035.
3) Vgl. RG Bd. 137, S. 173.

Miterben als Teilhabers der Gemeinschaft ein und erlangt damit alle Rechte, die dem übertragenden Miterben hinsichtlich der Verfügung, Verwaltung und Nutznießung zustanden. Es bleibt uns nunmehr noch übrig zu untersuchen, wie sich im einzelnen das Rechtsverhältnis des Erwerbers gegenüber den Nachlaßgläubigern hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gestaltet. In Betracht kommen vor allem die Vorschriften der §§ 2058 und 2382 ff.

Erfolgt die Uebertragung des Miterbenanteils auf Grund eines Kaufvertrages, so haftet der Käufer gemäß § 2322, I den Nachlaßgläubigern bereits vom Abschlusse des Kaufes an; diese Haftung des Käufers kann nach § 2382, II den Gläubigern gegenüber nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer ausgeschlossen oder beschränkt werden. Dasselbe gilt nach § 2385, I auch dann, wenn der Uebertragung ein anderes, auf Veräußerung gerichtetes Kausalgeschäft zugrunde liegt. Falls ausnahmsweise überhaupt kein obligatorischer Veräußerungsvertrag vorliegt, wird man die Haftung mit dem Zeitpunkt der dinglichen Uebertragung auf den Erwerber übergehen lassen müssen.[1]) Da gemäß § 2058 die Haftung der Erben eine gesamtschuldnerische ist, so haftet auch der Erwerber als Mitschuldner neben allen übrigen Miterben und kann daher von den Nachlaßgläubigern wegen einer Nachlaßschuld in vollem Umfang in Anspruch genommen werden. Andererseits ist aber seine Haftung in gleicher Weise beschränkt und beschränkbar, wie die der Miterben, insbesondere steht ihm nach § 2383, I ein selbständiges Recht auf Beschränkung seiner Haftung zu. Im übrigen wird die Lage der Nachlaßgläubiger durch die Veräußerung des Erbteils nicht verschlechtert. Obwohl nämlich der Erwerber in die Stellung des veräußernden Miterben eintritt, bleibt dennoch gemäß § 2382, I, 1 die Haftung des Veräußerers gegenüber den Nachlaßgläubigern weiter bestehen.

Wird der Erwerber vor der Teilung von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommen, so kann er gemäß § 2059 die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Vermögen verweigern und die Nachlaßgläubiger auf seinen Anteil am Nachlaß verweisen. Haftete der Miterbe zur Zeit der Uebertragung schon unbeschränkt, so ist demgemäß der Erwerber zwar mit seinem Privatvermögen verpflichtet, jedoch können die Gläubiger, wenn der Erwerber die Einrede des § 2059, I, 2 geltend macht, aus seinem Privatvermögen nur den seinem Anteil entsprechenden Teil der Leistung verlangen. Dagegen tritt gemäß § 2036, Satz 1 eine Befreiung von der Haftung ein, wenn

1) Vgl. Strohal, II, § 290, I; Kreß S. 180.

die Miterben nach den §§ 2034 ff. das Vorkaufsrecht ausüben und nunmehr der Erwerber den Anteil auf die Miterben überträgt; insofern ist allerdings die Haftungsbefreiung nicht eine vollständige, als der Erwerber gemäß § 2036 Satz 2 den Nachlaßgläubigern wegen der Verwaltung des Nachlasses in bestimmtem Umfange ersatzpflichtig ist.

b) Die Bestellung eines Pfandrechts

§ 11

aa) Form und Wirkung der Verpfändung

Zu den Verfügungen im Sinne des § 2033, I gehören außer der Uebertragung des Miterbenanteils auch die Belastung mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch. Zur Bestellung eines Pfandrechts am Erbteil ist ein in der Form des § 2033 abgeschlossener Verfügungsvertrag erforderlich. Dieser Form bedarf es dagegen nicht bei Abschluß des obligatorischen Vertrages. Eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nämlich gemäß den §§ 2385, 2371 nur für den Erbschaftskauf oder ein anderes auf Veräußerung gerichtetes Rechtsgeschäft vorgeschrieben. Da aber die Verpfändung nicht unter diese Vorschriften fällt, ist der obligatorische Vertrag formlos gültig. Die Begründung des dinglichen Rechts ist aber auch nicht davon abhängig, daß gemäß § 1280 die Verpfändung den übrigen Miterben angezeigt wird.[1]) Zu dieser Ansicht kann man überhaupt nur gelangen, wenn man den Anteil am Nachlaß als eine Forderung gegen die übrigen Miterben auf das Auseinandersetzungsguthaben ansieht und demgemäß die §§ 1279 ff. für anwendbar erklärt. Wie wir aber bereits gesehen haben, ist der Miterbenanteil nicht etwa nur eine Forderung auf dasjenige, was dem Miterben bei der Auseinandersetzung zufallen wird. Zwar hat der Miterbe auch diesen Anspruch, er ist jedoch nicht gleichbedeutend mit dem Nachlaßanteil, denn zum Begriff einer Forderung gehört, daß einem Gläubiger ein durch Obligation verpflichteter Schuldner gegenübersteht. Miterben aber stehen nicht in einem solchen Verhältnis von Gläubiger und Schuldner, sondern sie sind Mitberechtigte an der Gemeinschaft am Nachlaß, und das Anteilsrecht des Miterben ist nicht ein auf eine Obligation gegründeter Anspruch auf eine Leistung gegen die anderen Miterben. Das Anteilsrecht des Miterben am Nachlaß stellt sich vielmehr dar als das Rechtsverhältnis der Zugehörigkeit zur Erbengemeinschaft, als die Teilhaberschaft am Nachlaß, d. h. also als ein absolutes Vermögensrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetz-

1) So Scherer im ZBl. Bd. II, S. 697; 3, S. 290.

buches. Dann aber können für die Verpfändung des Nachlaßanteils nur die Vorschriften der §§ 1273 ff. über das „Pfandrecht an Rechten“ zur Anwendung kommen, nicht dagegen die §§ 1279 ff., und damit bedarf es auch keiner Anzeige an den Schuldner, wie sie für die Verpfändung von Forderungen durch § 1280 vorgeschrieben ist. [1]) Im übrigen hindert den Miterben nichts daran, den Anteil noch einmal zu verpfänden. Das neue Pfandrecht steht aber nach § 1209 dem früheren im Range nach, und zwar selbst dann, wenn die Forderung des neuen Pfandgläubigers schon fällig, die früher gesicherte aber noch nicht entstanden ist. Es entscheidet lediglich die Zeit der Bestellung. Mit Abschluß des Verfügungsvertrages nach § 2033, I tritt die Belastung des Anteils ohne weiteres ein.

Im Gegensatz zur Verpfändung ist die Pfändung des Miterbenanteils im Wege der Zwangsvollstreckung zwar keine Verfügung des Miterben im Sinne der vorliegenden Arbeit. Dennoch mag seiner Bedeutung wegen an dieser Stelle auch die Begründung eines Pfändungspfandrechts kurz erörtert werden, das, wie wir noch sehen werden, dem Gläubiger im wesentlichen dieselben Rechte gewährt wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht.

In Ergänzung des § 2031 ergibt sich die Zulässigkeit der Pfändung des Miterbenanteils aus § 859, II ZPO. Da es sich um eine Zwangsvollstreckung in veräußerliche Vermögensrechte handelt, richtet sich das Verfahren gemäß § 857, I ZPO nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen. Diese erfolgt nach § 829 ZPO durch gerichtlichen Beschluß, der dem Drittschuldner verbietet, an den Schuldner zu zahlen, und zugleich an den Schuldner das Gebot erläßt, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Ein Drittschuldner im Sinne des § 857 ZPO ist jedoch beim Erbanteil vermöge seiner Natur als Anteilsrecht nicht vorhanden. In einem solchen Falle wäre gemäß § 857, II ZPO die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt wird. Es entsteht also die Frage, ob bei der Pfändung des Erbteils die übrigen Miterben als Drittschuldner anzusehen sind. Hiervon hängt es ab, ob zur Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses die Zustellung an den Miterben als Schuldner genügt oder die Zustellung auch an die anderen Miterben erfolgen muß. Wir haben zwar bereits gesehen, daß die Miterben sich nicht wie Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen. Der Ausdruck „Drittschuldner“ ist jedoch aus

1) Vgl. RG Bd. 83, S. 28.

Zweckmäßigkeitsgründen in einem weiteren Sinne zu verstehen und daher auch auf die Miterben anzuwenden. Der Zweck, der mit der Pfändung eines Erbteils verfolgt wird, besteht nämlich im wesentlichen darin, zu verhindern, daß der Gläubiger durch eine ohne seine Zustimmung erfolgende Teilung benachteiligt wird. Die Rechte des Pfändungspfandgläubigers müssen also bei der Auseinandersetzung von den übrigen Miterben berücksichtigt werden. Würde aber das Verbot gemäß § 857, II ZPO nur gegen den Schuldner-Miterben ergehen, dann bestände die Gefahr, daß die übrigen Miterben in Unkenntnis des Verbots den Gläubiger durch Verfügungen über Nachlaßgegenstände schwer schädigen. Da somit die Miterben in der Lage sind, unter Umständen die Ansprüche des Gläubigers zu beeinträchtigen, sind sie als Mitschuldner im Sinne des Gesetzes anzusehen. [1]) Der Pfändungsbeschluß ist daher gemäß den §§ 857, 829 ZPO den anderen Miterben zuzustellen und erst mit der Zustellung des Beschlusses ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

Die Verpfändung oder Pfändung des Miterbenanteils hat zur Folge, daß der Miterbe nunmehr in der Verfügung über seinen Anteil erheblich beschränkt wird. Die Wirkungen ergeben sich im einzelnen aus den §§ 1276, 1258. Hierbei muß es zunächst fraglich erscheinen, ob § 1258 ohne weiteres analog anzuwenden ist, da in dieser Vorschrift vom Anteil eines Miteigentümers die Rede ist, während, wie wir bereits gesehen haben, die Erbengemeinschaft nach dem Prinzip der gesamten Hand gestaltet ist. Nach der einen Ansicht [2]) ist die analoge Anwendung des § 1258 abzulehnen, weil es sich hier um den Anteil eines Miteigentümers handle, unter dem der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, also das Gegenteil einer Gemeinschaft zur gesamten Hand verstehe. Diese Bedenken sind jedoch m. E. nicht durchschlagend. Richtig ist zwar, daß zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthand wesentliche Unterschiede bestehen, diese Unterschiede betreffen aber, soweit jedenfalls die sachenrechtliche Seite in Betracht kommt, nur die Verfügungsbefugnisse über die Anteile; der Miteigentümer darf über seinen Anteil am Gegenstand verfügen, der Miterbe dagegen nur über seinen Anteil am Nachlaß. Deswegen können jedoch die Folgen der Verfügung, mag diese den Anteil am Inbegriff oder den am Gegenstand betreffen, den anderen Mitberechtigten gegenüber die gleichen sein. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß § 1258 auch auf das Pfandrecht an einem Erbteil entsprechend

1) Scherer im ZBl. Bd. II, S. 697; Staudinger V Anm. 4 zu § 2033; Planck V Anm. 4 zu § 2033; RGRKom. 3 zu § 2033; RG Bd. 39, S. 407; 75/180.
2) So Grohmann in ZBl. Bd. 3, S. 822; Scherer in ZBl. Bd. II, S. 697.

anzuwenden ist.[1]) Allerdings ist diese analoge Anwendung nur insoweit möglich, als nicht die Wirkung der Verpfändung eines Rechts im Gesetz besonders geregelt ist; denn § 1273, II bestimmt, daß auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung finden, „soweit sich nicht aus den §§ 1274—1296 ein anderes ergibt." Das ist jedoch nur im § 1276 der Fall, in dem die Aufhebung und Aenderung des verpfändeten Rechts behandelt wird.

Wenden wir also zunächst § 1258, I analog an, so übt danach der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich für den Miterben hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung des Nachlasses ergeben. Es kommen somit insbesondere in Betracht: Teilnahme an der gemeinschaftlichen Verwaltung (§ 2038, I, 1), selbständige Vornahme von Maßregeln, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind (§ 2038, I, 2), Anspruch auf einen, dem verpfändeten Anteil entsprechenden Bruchteil der Früchte und Befugnis zum Gebrauch der gemeinschaftlichen Gegenstände, soweit dadurch nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird (§ 743). Ferner ergibt sich aus § 1258, II, daß die Auseinandersetzung vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung des Pfandrechts nur von dem Miterben und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden kann. Nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung kann der Gläubiger die Auseinandersetzung verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miterben bedarf. Im Gegensatz dazu wird, wie bereits am Schluß des vorhergehenden Absatzes angedeutet wurde, die analoge Anwendung des § 1258 abzulehnen sein, soweit die Aenderung oder Aufhebung des verpfändeten Miterbenanteils in Betracht kommt; in dieser Hinsicht nämlich ist eine ausdrückliche Regelung durch § 1276 getroffen. Der § 1276 regelt die dingliche Aufhebung oder Aenderung des belasteten Rechts und bezweckt den Schutz des Pfandgläubigers. Diesen Schutz braucht aber der Pfandgläubiger eines Rechtes deshalb, weil er nicht, wie es beim Sachpfandgläubiger der Fall ist, sein Pfand in Händen hat. Die Zustimmung des Pfandgläubigers ist also erforderlich, wenn die Aufhebung oder Aenderung des verpfändeten Miterbenanteils in Frage steht. Fehlt die Zustimmung, so muß Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes die Folge sein. Zweifel tauchen aber auf, ob diese Unwirksamkeit eine absolute oder relative ist. Nach der einen Ansicht[2]) kann nur das

1) So Dernburg V, § 180, Anm. 7; Strohal, II, § 88, III; Kretzschmar § 1273 c; Planck V, Anm. 1 zu § 2033; Staudinger V, Anm. 1 zu § 2033; Staudinger V, Anm. 1 g zu § 2033; RGRKom. Anm. 3 zu § 2033; RG Bd. 90/235.

2) Kohler, Bürgerl. Recht I, S. 451; Wolff, Sachenrecht §§ 39, IV; 120, VI, 4.

letztere in Frage kommen: es handle sich hier um einen relativen Fortbestand dinglicher Rechte. Eine derartige Relativität lasse sich aber auch sonst nicht vermeiden; man brauche nur an Verfügungen zu denken, die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot oder einer Vormerkung widersprechen. Deswegen brauche es keineswegs zu Unzuträglichkeiten zu kommen. Folgt man jedoch dieser Ansicht, nimmt man also nur relative Unwirksamkeit an, so würde das Rechtsgeschäft nur zwischen Miterben und Pfandgläubiger unwirksam sein, jedem Dritten gegenüber aber wirksam. Die Folge wäre, daß damit die absolute Wirkung des Pfandrechts aufgehoben wäre, dessen Zweck aber gerade darin besteht, Dritten gegenüber eine wirksame Sicherheit zu verschaffen. Es liegt daher in der Dinglichkeit des Pfandrechts begründet, daß ein Rechtsgeschäft, durch welches der verpfändete Miterbenanteil ohne Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben oder geändert wird, absolut, d. h. gegenüber jedermann unwirksam ist. [1])

In den bisherigen Erörterungen haben wir uns nur mit den Wirkungen des Pfandrechts v o r der Auseinandersetzung beschäftigt. Wenn wir jetzt im folgenden die Wirkungen näher betrachten wollen, die sich n a c h der Auseinandersetzung ergeben, so müssen wir hierzu etwas weiter zurückgreifen. Nach § 2033, I kann zwar ein Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen und daher auch den Anteil verpfänden. Dadurch erlangt jedoch der Pfandgläubiger nicht ein Pfandrecht an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen, auch nicht am Anteil des Miterben an diesem, über den er nach § 2033, II nicht verfügen kann. Vielmehr unterliegt dem Pfandrecht nur das Recht des Miterben an dem Nachlaß als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten. Auch wenn die Miterben sich auseinandersetzen, erlangt der Pfandgläubiger nicht ohne weiteres ein Pfandrecht an allen dem Pfandschuldner aus dem Nachlasse zugewiesenen Gegenständen. Nach § 1273, II finden auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274—1296 ein anderes ergibt. Daher ist auf das Pfandrecht an einem Erbteil auch § 1258, III entsprechend anzuwenden. Danach gebührt, wenn die Gemeinschaft aufgehoben wird, dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten. Aus dem Wort „gebührt“ aber folgt, daß der Pfandgläubiger nicht kraft

---

1) Vgl. Biermann Anm. 1 zu § 1701; Staudinger V, Anm. 1 zu § 1071; Planck V Anm. 1 zu § 1071; RGRKom. V Anm. 1 zu § 1071.

Gesetzes ein Pfandrecht an diesen Gegenständen erwirbt, sondern er nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts daran erlangt. [1])

§ 12

bb) Die Befriedigung des Pfandgläubigers

Dem Gläubiger, dem für eine Geldforderung ein Erbanteil seines Schuldners als Pfand haftet, bieten sich verschiedene Möglichkeiten, zur Befriedigung zu gelangen. Vorauszuschicken ist, daß für beide Arten des Pfandrechts, für das vertragliche und das Pfändungspfandrecht, die Vorschriften der ZPO zur Anwendung kommen, und zwar für das vertragliche auf Grund von § 1277, wonach der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschritten suchen kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Das zwangsweise bestellte Pfandrecht regelt sich naturgemäß ohne weiteres nach den Bestimmungen der ZPO.

Wie wir bereits sahen, stellt sich der Anteil des Miterben als ein Vermögensrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs dar. Für das Pfandrecht am Erbteil müssen wir daher § 857 ZPO heranziehen. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift finden auf die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte" die „vorstehenden" Bestimmungen Anwendung, d. h. die §§ 829 ff. ZPO. Danach bieten sich dem Gläubiger also folgende Möglichkeiten der Verwertung: Ueberweisung zur Einziehung bezw. zum Nennwert an Zahlungsstatt (§ 835 ZPO) oder schließlich im Ausnahmefall nach gerichtlicher Anordnung Veräußerung des Erbteils gemäß den §§ 857, V, 844 ZPO. Die Ueberweisung an Zahlungsstatt zum Nennwert scheidet allerdings für unsere Betrachtungen aus, da ein solcher regelmäßig nicht besteht, vielmehr nur für Geldforderungen in Betracht kommt. Hinsichtlich des vertraglich bestellten Pfandrechts ist noch zu beachten, daß die Beteiligten gemäß § 1277 zunächst die Möglichkeit haben, sich über die Art und Weise zu einigen, in welcher sich der Pfandgläubiger aus dem verpfändeten Recht befriedigen soll. Erst wenn darüber keine Bestimmungen getroffen sind, greift die Regel des § 1277 Platz.

Betrachten wir zunächst die Ueberweisung zur Einziehung, so muß gleich bedenklich erscheinen, ob überhaupt eine Ueberweisung des Erbteils möglich ist. Denn das Anteilsrecht am

1) Vgl. Staudinger, V, Anm. 1 g zu § 2033; Fellcher, in JW 1915, 213 ff.; Planck Anm. 1 zu § 2033; RGRKom. Anm. 3 zu § 2033; RG Bd. 83/31; 84/399; 90, 236.

Nachlaß ist ja keine Forderung, sondern ein Vermögensrecht, ein solches aber dürfte der Einziehung nicht fähig sein.[1]) Wir werden daher wohl sagen müssen, daß der Erbteil selbst zur Einziehung tatsächlich nicht überwiesen werden kann. Hier wird man jedoch m. E. dem Gläubiger auf folgende Weise helfen können. Die gemäß § 859, II ZPO erfolgende Pfändung eines Erbteils läuft im Ergebnis auf eine Pfändung der Ansprüche hinaus, die sich im einzelnen aus dem Anteil ergeben. Im Anteilsrecht am Nachlaß sind aber auch solche Forderungen enthalten, bei denen eine Ueberweisung durchaus zulässig ist, so z. B. der Anspruch auf die Nachlaßquote nach erfolgter Teilung. Nach unseren früheren Erörterungen ist dieser Anspruch allein zwar nicht mit der in § 398 bezeichneten Wirkung abtretbar und pfändbar, daher auch nicht der Ueberweisung fähig; andererseits ist er jedoch ein Teil des Miterbenanteils und unterliegt daher als solcher zusammen mit dem Erbteil der Pfändung. Was gepfändet wird, braucht nicht identisch zu sein mit dem, was überwiesen wird. Jedoch muß schon gepfändet sein, was später überwiesen werden soll. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß zwar nicht der Erbteil selbst, wohl aber der Anspruch auf die Nachlaßquote überwiesen werden kann. Die Ueberweisung ersetzt gemäß § 836 ZPO die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. Gemäß den §§ 857, I, 847, 848 ZPO kann nunmehr der Gläubiger bei der Auseinandersetzung verlangen, daß die auf seinen Schuldner entfallenden Gegenstände zu Händen eines Gerichtsvollziehers oder Sequesters herausgegeben werden. Allerdings stellt die Ueberweisung zur Einziehung noch nicht die Befriedigung des Gläubigers dar, diese erfolgt vielmehr erst durch den letzten Schritt der Zwangsvollstreckung, durch die Einziehung selbst.[2])

Der Pfandgläubiger hat aber noch eine andere Möglichlichkeit der Befriedigung. Ein Gläubiger nämlich, dem ein Erbteil verpfändet ist, kann zur Geltendmachung seines Pfandrechts schreiten, wenn die gesicherte Forderung ganz oder zum Teil fällig geworden und unberücksichtigt geblieben ist. Als nächster und einfachster Weg bietet sich dann der nach § 86, II FGG. zulässige Antrag an das Nachlaßgericht auf Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses. Wie wir aber

1) Vgl. Seuffert-Walsmann Anm. 4 zu § 857; Pringsheim in DJZ. 1907, S. 879.

2) Vgl. Kretzschmar, Recht 08, S. 314 ff.; Grohmann im ZBl. Bd. 3, 821 ff.; Eccius in Gruch. Bd. 43, 603 ff. 711; Staudinger V Anm. 1 g zu § 2033; Planck Anm. 4 zu § 2033; RGRKom. Anm. 3 zu § 2033; RG. 60/126 ff.; 87/321 ff.

bereits gesehen haben, hat der Pfandgläuber einen Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts an denjenigen Gegenständen, die bei Aufhebung der Erbengemeinschaft an die Stelle des verpfändeten Anteils treten. Hat er nunmehr an den einzelnen Gegenständen ein Pfandrecht erlangt, so kann er sich gemäß den §§ 1235, 1281, 1287 ohne weiteres befriedigen. Ein vollstreckbarer Titel dürfte in diesem Falle nicht erforderlich sein. Ein solcher ist nach § 1277 nur dann notwendig, „sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Für unseren Fall ist aber eine andere Bestimmung getroffen durch § 86 FGG.

Die letzte Möglichkeit der Verwertung des Pfandrechts besteht für den Gläubiger darin, die Veräußerung des Erbteils selbst herbeizuführen; sie kann gemäß den §§ 857, V, 844 ZPO durch Versteigerung oder freihäudigen Verkauf vor sich gehen. Zuzugeben ist zwar, daß sich hiergegen Bedenken wirtschaftlicher Natur erheben lassen: da Kauflustige selten sein werden, besteht naturgemäß die Gefahr der Verschleuderung des Erbteils.[1]) Dennoch müssen wir daran festhalten, daß der Zwangsvergleich ein gesetzlich zugelassener Weg zur Erreichung des Zieles des Pfandrechts ist; der Erbteil stellt sich gemäß § 2033 als ein veräußerliches Recht dar, und somit kann auch vom Gericht gemäß den §§ 857, V, 844 ZPO die Veräußerung angeordnet werden. Im übrigen wäre es Sache des Gerichts, einer Verschleuderung dadurch entgegenzutreten, daß es die Veräußerung von der Erzielung eines Mindestpreises abhängig macht. Die Form schließlich, die nach § 2033 vorgeschrieben ist, wird durch die öffentliche Versteigerung (§ 814 ZPO) ersetzt, im Falle des freihändigen Verkaufs aber (§ 825 ZPO) ist sie überhaupt nicht erforderlich.[2])

c) Die Bestellung eines Nießbrauchs

§ 13

aa) Inhalt und Umfang des Nießbrauchs

Wegen der Gleichartigkeit von Pfandrecht und Nießbrauch als Verfügungen und insbesondere als Belastungen des Miterbenanteils gelten die Ausführungen über die Verpfändungen im wesentlichen in gleicher Weise auch für die Bestellung eines Nießbrauchs. Da auch die Belastung des Erbteils mit einem Nießbrauch eine Verfügung im Sinne des § 2033, I ist, muß die Bestellung des Nießbrauchs durch gerichtlichen oder notariellen

1) So Eccius in Gruch. Bd. 43, 805.
2) Leonhard, Anm. V zu § 2033; Kreß S. 185; Strohal § 64 Anm. 22; Binder III, S. 301.

Vertrag erfolgen. Dagegen ist das Kausalgeschäft, auf Grund dessen die Verfügung des § 2033 vorgenommen wird, formlos gültig; die Vorschrift des § 2385 findet hier auf den obligatorischen Vertrag keine Anwendung, weil es sich bei der Nießbrauchbestellung um eine Belastung, nicht um eine Veräußerung handelt.

Zweifelhaft muß jedoch erscheinen, welche Vorschriften im einzelnen für den Nießbrauch am Erbteil anzuwenden sind: in Betracht kommen einerseits gemäß den §§ 1922, II, 1089 die Bestimmungen über den Nießbrauch an einem Vermögen (§§ 1085 ff.), [1]) auf der anderen Seite die Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten und damit gemäß § 1068, II die Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen (§§ 1030 ff.). [2]) Die Beantwortung dieser Frage hängt naturgemäß ab von der Stellungnahme zum Wesen des Miterbenanteils. Da aber der Anteil am Nachlaß insoweit, als er Gegenstand einer Verfügung sein kann und insbesondere auch veräußerlich ist, ein Vermögensrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs darstellt, müssen die Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten und damit gemäß § 1068, II die Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen zur Anwendung gelangen, soweit sich nicht aus den §§ 1069—1084 ein anderes ergibt.

Hiergegen könnte nun eingewandt werden, daß das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung die Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden habe. Nach § 1089 finden nämlich auf den Nießbrauch an einer Erbschaft die Vorschriften über den Nießbrauch am Vermögen entsprechende Anwendung. In § 1922, II aber ist bestimmt, daß auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung finden. Setzt man also in § 1089 statt „Erbschaft" — „Erbteil", dann sind auf den Nießbrauch am Erbteil die Bestimmungen über den Nießbrauch an einem Vermögen (§§ 1085—1088) entsprechend anzuwenden. Diese Folgerungen können jedoch m. E. einer näheren Prüfung nicht standhalten. Zunächst wird zu untersuchen sein, ob überhaupt alle in den §§ 1085—1088 enthaltenen Vorschriften auf den Erbteil Anwendung finden könnten. Durch § 1085 wird bestimmt, daß der Nießbrauch am Vermögen „nur" in der Weise bestellt werden kann, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Danach müßte der Miterbe den Nießbrauch

1) So Kreß S. 184 ff, Endemann II, 1 S. 664; Reichel S. 107; Josef in ZivA. Bd. 99, 322.

2) So Dernburg III, S. 638, Anm. 2; Crome III, S. 558; Biermann Anm. 2 zu § 1089; Staudinger Anm. 4 zu § 1089; RGRKom. Anm. 1 zu § 1089; Planck 2 zu § 2042.

an jedem einzelnen zu seinem Erbteil gehörenden Gegenstand bestellen. Vor der Auflösung der Erbengemeinschaft hat aber der Miterbe bestimmt noch keine alleinige Verfügungsgewalt über einzelne zur Erbschaft gehörende Gegenstände; denn nach § 2033, I ist der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben, und gerade im Wesen der Miterbengemeinschaft ist es begründet, daß die Miterben und damit auch ihre Rechtsnachfolger, zwar über ihren Anteil am Nachlaß, nicht aber über ihren Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen verfügen können. Das ist ausdrücklich ausgesprochen in § 2033, II. Eine solche grundlegende Vorschrift kann aber nicht durch den Hinweis auf § 1085 beseitigt werden. Es ist daher nicht möglich, den Nießbrauch in der Art zu begründen, daß er, wie es nach § 1085 erforderlich ist, an den Anteilen an den einzelnen Nachlaßgegenständen bestellt wird. Die Nießbrauchsbestellung kann vielmehr nur an dem Erbteil als solchen erfolgen. Noch deutlicher ergibt es sich aus § 1087, I. Darnach kann der Besteller, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher „Rückgabe" der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Diese Rückgabe stellt sich als Aufhebung der Nießbrauchsbelastung dar. Sie ist eine Verfügung über die zurückgeforderten Gegenstände, die jedoch dem Grundsatz des § 2033, II widerspricht, wonach Verfügungen über den Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen nicht zulässig sind. Ebenso verhält es sich im Falle des § 1078, II; auch hier müßte die „Leistung des geschuldeten Gegenstandes" sowie die Durchführung der „Berechtigung zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zum Vermögen (Erbteil) gehörenden Gegenstand zu veräußern", stets als unzulässige Verfügungen über den Anteil an einem einzelnen Gegenstand angesehen werden.

Schließlich ist noch zu erwägen, daß § 1922, II vor allem zu Abkürzungszwecken eingeführt worden ist [1]) und daher immer dann zurücktreten und außer Anwendung bleiben muß, wenn eine den Erbteil betreffende Materie selbständig geregelt ist; das ist aber der Fall in § 2033, I. Danach kann der Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen, und auch die Nießbrauchsbestellung stellt sich als eine Verfügung dar. Die Begründung des Nießbrauchs am Erbteil hat also durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag zu erfolgen, sodaß der ganze Anteil mit einem Schlage belastet wird. Der Grund für die Unanwendbarkeit der Vorschriften über den Nießbrauch an einem Vermögen ist in dem Wesen des Erbteils zu suchen; dieser aber ist nicht als „Vermögen", sondern als ein „Recht" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches aufzufassen.

1) Vgl. Mot. V, § 1750, II, S. 3; Planck V Anm. 5 zu § 1922.

Nach den obigen Ausführungen rechtfertigt sich andererseits der Schluß, daß die Bestimmung des § 1922, II auf dem Gebiete der sachenrechtlichen Nießbrauchsvorschriften nicht zur Anwendung kommt und insoweit die gleiche Behandlung von Erbschaft und Erbteil ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit, dem § 1922, II auch außerhalb des Gebietes des reinen Erbrechts einen Wirkuugskreis zuzubilligen, ist m. E. nicht statthaft. Es ist daher daran festzuhalten, daß der Nießbrauch am Erbteil als Nießbrauch an einem Recht aufzufassen ist und demgemäß nicht die Vorschriften der §§ 1085—1088 zur Anwendung kommen, vielmehr § 1068 heranzuziehen ist, nach dessen 2. Absatz die Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen (§§ 1030 bis 1067) entsprechend anzuwenden sind, soweit sich nicht aus den §§ 1069—1084 ein anderes ergibt.

§ 14

bb) Rechte und Pflichten des Nießbrauchers

Hat nun der Nießbraucher in einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrage gemäß den §§ 1069, 2033, I den Nießbrauch am Anteil erworben, so wird seine rechtliche Stellung entscheidend durch § 1066 bestimmt. Diese Vorschrift spricht zwar nur von dem Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers; da aber aus den §§ 1069 nichts anderes folgt, so ist aus denselben Gründen, aus denen § 1258 auf den Pfandgläubiger angewendet wurde, (Vgl. oben S. 77 ff.) auch § 1066 auf den Nießbrauch an einem Miterbenanteil entsprechend anzuwenden. Danach übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Erbengemeinschaft in Ansehung der Verwaltung und der Art der Benutzung ergeben. Der Umfang der Verwaltung und Nutznießung bestimmt sich also aus § 2038, der ihn an der Verwaltung des Nachlasses gemeinschaftlich mit den Erben teilnehmen läßt und ihm das Recht gibt, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der übrigen Miterben vorzunehmen. Nach § 2038, II finden die Vorschriften der §§ 743, 745, 746, 748 auf die Miterben und hier entsprechend auf die Nießbraucher Anwendung; insbesondere gebührt ihm also ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte bei der Auseinandersetzung, ferner hat er ein Gebrauchsrecht insoweit, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Miterben beeinträchtigt wird. Weiter ergibt sich aus § 1066, II, daß nur Nießbraucher und Miterbe gemeinsam die Aufhebung der Erbengemeinschaft verlangen können. Nach § 1066, III „gebührt" bei Aufhebung der Erbengemeinschaft dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, die an die

Stelle des Anteils treten. Auch hier erlangt der Nießbraucher, genau wie der Pfandgläubiger im Falle des § 1258, III, bei der Auseinandersetzung nicht ohne weiteres einen Nießbrauch, vielmehr hat er nur einen Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs an den betreffenden Gegenständen. Zur Verfügung der Miterben über die Nachlaßgegenstände ist nach § 1071 stets die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich. Fehlt die Zustimmung, so ist auch hier (Vgl. oben S. 53 ff.) absolute Unwirksamkeit anzunehmen.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß der Nießbraucher in Ansehung der Verwaltungs- und Benutzungsberechtigungen vollkommen an die Stelle des Miterben tritt. Den Rechten aber, die dadurch der Nießbraucher erlangt, stehen auf der anderen Seite auch Pflichten gegenüber. So ist z. B. gemäß § 2038, I der Nießbraucher verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Zweifel können jedoch bei der Frage auftauchen, wie die rechtliche Stellung des Nießbrauchers gegenüber den Nachlaßgläubigern zu beurteilen ist. Wie aber bereits oben die Art der Nießbrauchsbestellung gemäß den §§ 1085 ff. abgelehnt wurde (vgl. oben S. 58 ff.), so können m. E. aus denselben Gründen diese Vorschriften auch nicht hinsichtlich der Haftung des Nießbrauchers gegenüber den Nachlaßgläubigern in Betracht kommen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gegenstand der Nießbrauchsbestellung ein Recht ist, und zwar das Anteilsrecht am Nachlaß, als dem Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten. Daraus folgt, daß die Nachlaßgläubiger immer ohne Rücksicht auf das Nießbrauchsrecht Befriedigung aus dem Anteil suchen können. Zur Zwangsvollstreckung in den Anteil am Nachlaß ist Verurteilung des daran berechtigten Miterben zur Leistung und des Nießbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich. Im Falle der Vollstreckung in die einzelnen Nachlaßgegenstände bedarf es neben der Verurteilung des Nießbrauchers zur Duldung eines Urteils gegen sämtliche Miterben (Vgl. §§ 737, 747 ZPO).

IV. Die Verfügungen der Miterben über Nachlaßgegenstände

§ 15

1. Der Begriff des Nachlaßgegenstandes

Bevor wir uns im folgenden mit dem Verfügungsrecht der Miterben über Nachlaßgegenstände beschäftigen, müssen wir uns zunächst darüber klar sein, was überhaupt unter einem Nachlaßgegenstand zu verstehen ist. Gegenstände im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind sowohl Sachen (§ 90) wie Rechte.[1]) Diese Bedeutung kommt dem Begriff des Gegenstandes allerdings nur in den Vorschriften zu, die lediglich Verfügungen betreffen, wie z. B. die §§ 135, 161, 185, 2040; hier kommt es darauf an, was Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein kann. Zu den Nachlaßgegenständen zählen daher außer den beweglichen und unbeweglichen Nachlaßsachen auch alle zum Nachlasse gehörenden Rechte, wie z. B. Forderungen, Urheber- und Patentrechte, Gesellschaftsanteile und sonstige Vermögensrechte, ferner aber auch gemäß § 2041 die Surrogate. Dagegen können die Nachlaßschulden nicht als Nachlaßgegenstände angesehen werden. Nach § 2001 sollen nämlich in dem Inventar die beim Eintritt des Erbfalles vorhandenen Nachlaßgegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten angegeben werden. Daraus ist m. E. zu folgern, daß unter den Nachlaßgegenständen nicht auch die Nachlaßschulden zu verstehen sind.

§ 16

2. Die Verfügungen des Miterben

a) über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen (§ 2033, II)

Jeder Miterbe kann gemäß § 2033, I über seinen Anteil am Nachlaß verfügen; dagegen ist er nach Abs. 2 desselben § zu einer Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Nach-

1) Vgl. Staudinger Anm. II, 2 vor § 90; RGRKom. 3 zu § 90.

laßgegenständen nicht berechtigt. Abzulehnen ist jedoch m. E. die Ansicht, die aus § 2033, II den Schluß zieht, daß dem Miterben ein „Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand" tatsächlich zusteht. Diese Frage ist allerdings sehr bestritten, und auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist hierin unklar und widerspruchsvoll. [1]) Der Streit geht im letzten Grunde darum, ob der Nachlaß sich nur als eine Summe von einzelnen Gegenständen oder als ein einheitlicher Inbegriff der zu einer Erbschaft gehörenden Vermögensstücke darstellt. Sieht man nämlich den Nachlaß als eine Summe von einzelnen Gegenständen an, dann muß man allerdings zu der Auffassung gelangen, daß dem Miterben auch ein Anteil am Nachlaßgegenstand zusteht; [2]) denn da die Miterben an der Summe der Nachlaßgegenstände gemeinschaftliches Eigentum haben, müssen sie auch zu den einzelnen Nachlaßgegenständen in Beziehung stehen.

Zu den Vertretern der Ansicht, die den Miterben einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zugesteht, gehört auch Gierke. [3]) Während wir aber bisher hinsichtlich der Bestimmung des Wesens der Gesamthand seiner Theorie von der ungeteilten Mitberechtigung gefolgt sind (vgl. oben S. 24 ff.), kann man ihm m. E. insoweit nicht mehr folgen, als er nicht nur Anteile am Ganzen, sondern auch an den Nachlaßgegenständen anerkennt.

Bereits in der Theorie des preußischen Rechts wurde die Auffassung vertreten, daß eine ungeteilte Erbschaft ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten sei: an diesem stehe jedem Miterben zwar ein feststehender ideeller, erst durch die Teilung zu bestimmender Anteil zu, dagegen habe der Miterbe vor der förmlichen Aufhebung der Gemeinschaft kein Eigentumsrecht an den einzelnen Sachen. Diese Auffassung wurde bestätigt durch den Plenarbeschluß des früheren Obertribunals vom 16. März 1857; [4]) ihm schloß sich auch der überwiegende Teil der Literatur an. [5]) Von besonderer Bedeutung für die Entscheidung unserer Streitfrage ist jedoch, daß der zweite im Gegensatz zum ersten Entwurf die Inbegriffseigenschaft des Nachlasses ausdrücklich anerkannte. Man machte geltend, bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehe die Gemeinschaft

---

1) RG 57/432; 61/78; 65/227 ff.; 68/412; 88/26; 90/235; 94/243.

2) So Binder III, S. 6 ff., 42 ff.; Strohal II, S. 86; Dernburg S. 507, Anm. 7; Staudinger, V, Anm. 1 zu § 2032; Kipp § 82, VI; Pringsheim Rechtsstellung S. 28 ff.; Grohmann im ZBl. Bd. 3, S. 821.

3) Gierke, Deutsches Priv.Recht, II, S. 390; derselbe, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 21.

4) OTr. Bd. 35 S. 352 ff.

5) So z. B. Förster-Eccius Bd. IV, S. 582 ff.; Dernburg Deutsches Priv.R. III, S. 700 ff.

nicht an allen einzelnen Gegenständen des Vermögens, das Verhältnis sei vielmehr ein einheitliches und die einzelnen Objekte kämen nur als Bestandteile eines Ganzen in Betracht.[1])

Aber auch aus dem Gesetz selbst ergibt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung. Insbesondere spricht hierfür die Bestimmung des § 1922, wonach mit dem Tode einer Person „die Erbschaft als Ganzes" auf einen oder mehrere Erben übergeht; schon aus diesem Wortlaut ist auf die Inbegriffseigenschaft des Nachlasses zu schließen. Im übrigen finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch noch andere Fälle, in denen von einem einheitlichen Vermögensganzen die Rede ist; es seien hier nur die Vorschriften über den Nießbrauch an einem Vermögen (§§ 1085 ff.) erwähnt. Schließlich kommt noch hinzu, daß das Gesetz selbst in zahlreichen Bestimmungen den Nachlaß als ein vom übrigen Privatvermögen der Miterben getrenntes Sondervermögen darstellt. Dies ergibt sich vor allem aus den Rechtsfolgen bei der Anwachsung (§§ 2049, 2279), ebenso aber auch aus dem Surrogationsprinzip des § 2040; ferner kann gemäß den §§ 214 ff. KO. über den Nachlaß auch ein Spezialkonkurs verhängt werden. Es muß also daran festgehalten werden, daß der Nachlaß als ein Vermögensinbegriff anzusehen ist. Stellt aber der Nachlaß eine rechtliche Einheit dar, dann verlieren naturgemäß die einzelnen Nachlaßgegenstände an Bedeutung; das Recht des Miterben am Nachlaß kann daher nur eine Teilberechtigung am Nachlaß als Ganzem sein, nicht dagegen ein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen.[2])

Die Auffassung, daß dem Miterben auch ein Anteil am Nachlaßgegenstand zustehe, hat zwar eine gewisse Stütze in dem Wortlaut des § 2033, II: Ueber „seinen Anteil" an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen. Aus dem Wortlaut allein läßt sich jedoch das Bestehen solcher Anteile nicht rechtfertigen. Man muß vielmehr den Sinn dieser Bestimmung berücksichtigen. Gerade das Verbot aber, über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu verfügen, bestimmt entscheidend das Wesen der Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand. Sieht man daher von der unglücklichen Fassung[3]) des § 2033, II ab, dann wird man sagen müssen, daß die Verfügung über den Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand deshalb verboten ist, weil ein solcher Anteil tatsächlich gar nicht besteht.

1) Vgl. Prot. V, S. 838.

2) Wie hier: Leonhard Anm. 3 zu § 2032; Anm. 7 zu § 2033; Endemann III, S. 1028; Planck Anm. 3 vor § 2032; Schmale in ZBl. Bd. 4, S. 119 ff.

3) Vgl. Endemann, III, S. 1028.

Zu demselben Ergebnis kommt man aber auch, wenn man den Abs. 1 des § 2033 in Betracht zieht. Hiernach kann jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen. Steht man nun auf dem Standpunkt, daß es Anteile am einzelnen Nachlaßgegenstand gibt, dann müssen diese in ihrer Gesamtheit den Nachlaß ausmachen. Eine Verfügung über den Anteil am Nachlaß wäre daher nichts anderes, als eine Verfügung über die Summe der Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen.[1]) Nach § 2040, I ist jedoch dem Miterben eine Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht gestattet. Es ist aber logisch undenkbar, daß zwar über die Summe der Gegenstandtsanteile, nicht aber über die einzelnen Teile selbst verfügt werden kann. Gegen diesen Schluß ist allerdings eingewendet worden, daß das Verfügungsverbot des § 2033, II lediglich eine einfache, aus praktischen Gründen gegebene Verfügungsbeschränkung darstelle.[2]) Dieser Einwand erledigt sich jedoch im Hinblick auf § 1442, der dem in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten zwar die Verfügung über den ganzen Gegenstand zugesteht, nicht aber über einen Anteil an demselben. Eine gewöhnliche Verfügungsbeschränkung kann daher in dieser Vorschrift nicht liegen, denn wenn eine Verfügung des Ehemanns hinsichtlich eines Gegenstandes des Gesamtgutes verhindert werden sollte, dann hätte das Gesetz dem Ehemann in erster Linie die Verfügung über den ganzen Gegenstand entziehen müssen. Wir kommen daher auch hier wieder zu dem Ergebnis, daß die Verfügung über den Anteil am Gegenstand deshalb verboten ist, weil es einen solchen Anteil eben nicht gibt. Was aber für das Rechtsverhältnis bei der Gütergemeinschaft gilt, muß analog auch für die übrigen Gesamthandsgemeinschaften gelten, also auch für die Gesellschaft und die Erbengemeinschaft; das folgt notwendig aus einer Nebeneinanderstellung der §§ 719, 1442 und 2032.

Andererseits führt es zu Schwierigkeiten und unbilligen Ergebnissen, falls man sowohl Anteile am Nachlaßganzen, wie auch an den einzelnen Gegenständen anerkennt. Vertritt man nämlich den Standpunkt, daß dem Miterben ein Anteil an den Nachlaßgegenständen zusteht, dann wäre nach dieser Ansicht gemäß § 2033, II dem Miterben nur die Verfügung durch Rechtsgeschäft verboten. Den Nachlaßgläubigern müßte also das Recht zuerkannt werden, die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miterben durchzuführen und gegen seinen Anteil an einer Nachlaßforderung aufzurechnen. Beides ist aber gemäß den §§ 747 ZPO, 2040, II BGB verboten. Hat ferner ein Miterbe vor dem Erb-

1) Vgl. Binder III, S. 43.
2) So Pringsheim, Rechtsstellung, S. 28 ff.

fall über eine Nachlaßsache verfügt, dann müßte nach dem Erbfall eine teilweise Gültigkeit der Verfügung gemäß § 185, II, 1 eintreten, und zwar insoweit, als der Miterbe den Gegenstand durch Erbfolge anteilig erworben hat. Das ist aber ebensowenig der Fall, wie auch ein Erlöschen von Rechten und Verbindlichkeiten, die zwischen dem Erblasser und einem Miterben bestanden haben, durch den Erbfall nicht eintritt. Schließlich aber widerspricht eine Berechtigung an den einzelnen Nachlaßgegenständen überhaupt dem Wesen der Erbengemeinschaft. Sind nämlich mehrere Personen an einem Gegenstand zu bestimmten Teilen berechtigt, dann liegen damit die Voraussetzungen für eine Bruchteilsgemeinschaft gemäß den §§ 741 ff. vor. Wie aber bereits oben (vgl. § 5 S. 20 ff.) gezeigt wurde, ist die Erbengemeinschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei der sich der Nachlaß als ein Vermögensinbegriff darstellt und demgemäß die einzelnen Sachen nur als Bestandteile eines Ganzen in Betracht kommen.

Gegen die hier vertretene Auffassung wird nun zwar der Einwand erhoben, daß es ja überhaupt keinen Eigentümer der einzelnen Gegenstände gebe, wenn man dem Miterben nur Anteile am Nachlaß als Ganzem, nicht dagegen an den einzelnen Gegenständen zuerkenne.[1]) In § 2032 heißt es jedoch, daß der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird. Daraus ist zu entnehmen, daß der einzelne Gegenstand im Eigentum der Gesamtheit der Miterben steht; dem widerspricht auch nicht, daß ihm ein Anteil an den einzelnen Gegenständen nicht zusteht. Solange es zur Auseinandersetzung noch nicht gekommen ist, nimmt die Stellung des Erblassers hinsichtlich des Einzelgegenstandes eben nicht der einzelne Miterbe ein, sondern allein die Erbengemeinschaft.

Zweifelhaft kann die Frage sein, ob eine bedingte Verfügung über den Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand vielleicht mit der Wirkung möglich sei, daß sie dasjenige ergreife, was dem Verfügenden von dem betreffenden Gegenstande etwa bei der Auseinandersetzung zufallen werde, während bis dahin ihre Wirksamkeit in der Schwebe bleibe. Die Praxis des preussischen Rechts hatte eine solche Verfügung zwar zugelassen.[2]) Für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich jedoch m. E. diese Ansicht nicht rechtfertigen, denn, wie wir bereits gesehen haben, steht dem Miterben ein Anteil an den einzelnen Gegenständen nicht zu.[3]) Diese Ansicht wird bestätigt durch den

1) So Pringsheim, S. 8.
2) Vgl. OTr Bd. 3, S. 272 ff.
3) Vgl. Binder III, S. 69 Anm. 45; Strohal, Bd. II S. 87, Anm. 6 b; Leonhard Anm. 7 zu § 2033; Staudinger, V Anm. 5 zu § 2033; Planck V, Anm. 2 c zu § 2033; a. A. Kreß S. 55.

klaren Wortlaut des § 2033, II, der jede, damit also auch die bedingte Verfügung des Miterben über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen ausschließt. Außerdem verbietet sich z. B. bei Grundstücken eine bedingte Verfügung schon deshalb, weil die Auflassung gemäß § 925, II nicht unter einer Bedingung erfolgen kann.

§ 17

b) über die einzelnen Nachlaßgegenstände (§ 2040, I).

In Ergänzung zu § 2033, II ist in § 2040, I bestimmt, daß über einen Nachlaßgegenstand die Erben nur gemeinschaftlich verfügen können. Bereits oben (vgl. § 7, S. 30 ff.) haben wir gesehen, daß unter dem Begriff der Verfügung ein Rechtsgeschäft zu verstehen ist, durch das auf den Bestand eines Rechtes durch Uebertragung, Belastung, Aenderung oder Aufhebung unmittelbar eingewirkt wird. Verweigert ein Miterbe die nach § 2040, I erforderliche Zustimmung, so kann unter Umständen, falls die Verfügung sich gemäß § 2038, I als eine zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses notwendige Maßregel darstellt, seine Mitwirkung im Wege der Klage erzwungen werden. Das rechtskräftige Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO die zustimmende Willenserklärung des Miterben. Andererseits erfordert die „gemeinschaftliche" Verfügung nicht, daß sie von allen Miterben gleichzeitig abgegeben wird;[1]) es genügt vielmehr, daß die einzelnen nacheinander ihre Zustimmung geben, sofern nur überhaupt alle Miterben mitwirken und die Willenserklärungen der einzelnen gültig sind. Wie aber die Miterben nur gemeinschaftlich über einen Nachlaßgegenstand verfügen können, so müssen umgekehrt die Gläubiger, wenn sie Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß verlangen, gemäß § 2059 gegen alle Miterben gemeinsam klagen. Dementsprechend bestimmt § 747 ZPO, daß zur Zwangsvollstreckung in einen Nachlaß, wenn mehrere Erben vorhanden sind, bis zur Teilung ein gegen alle Erben ergangenes Urteil erforderlich ist.

Dem Wesen der Gesamthand und insbesondere auch der Bestimmung des § 2040, I würde es entsprechen, wenn auch die Geltendmachung eines Nachlaßanspruchs, die sich ja auch als Verfügung darstellt, von allen Miterben gemeinsam vorgenommen werden müßte. Hier bestimmt jedoch § 2039, daß jeder Miterbe allein berechtigt ist, den Anspruch einzufordern, allerdings kann er nicht Leistung an sich, sondern nur an alle

1) Vgl. OLG, Bd. 14, S. 319 ff.

Miterben verlangen. Diese Abweichung von dem Prinzip der gesamten Hand ist jedoch m. E. aus praktischen Gründen zu rechtfertigen: es würde eine erhebliche Erschwerung bedeuten, wollte man jede Geltendmachung eines Nachlaßanspruches von der Zustimmung der Gesamtheit der Miterben abhängig machen.

Zu den Verfügungen, die gemäß § 2040, I gemeinschaftlich vorgenommen werden müssen, gehören sowohl einseitige, wie auch zweiseitige Willenserklärungen; auch die Ausübung von Gestaltungsrechten ist als Verfügung im Sinne des § 2040 anzusehen. Daher können beispielsweise Anfechtung, Rücktritt, Wiederkauf, Vorkauf, Wandlung und Minderung nur alle Miterben gemeinsam vornehmen. Ebenso kann ein Verzicht auf ein Gestaltungsrecht nur von allen Miterben zusammen erklärt werden.[1]) Dasselbe gilt auch von der Kündigung eines Rechtsverhältnisses, ferner von der Mahnung, da sie den Schuldnerverzug begründet, und schließlich auch von der Fristsetzung des § 283, weil diese die Umwandlung des ursprünglichen Leistungsanspruches in eine Schadensersatzforderung zum Ziele hat. Da auch die Aufrechnung einer Forderung eine Verfügung über sie enthält, kann der einzelne Miterbe gegen seine eigene Schuld mit einer Nachlaßforderung weder ganz noch teilweise aufrechnen, weil er über die Nachlaßforderung nicht verfügen kann und ihm auch ein selbständiger Anteil hieran nicht zusteht. Andererseits entspricht es dem Prinzip der gesamten Hand, daß gemäß § 2040, I der Schuldner gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen kann. Denn die Durchführung der Aufrechnung würde einer Verfügung des einzelnen Miterben über eine zum Nachlaß gehörende Forderung gleichkommen. Dagegen steht die Geltendmachung der Wirkung einer schon vom Erblasser erklärten Aufrechnung gegenüber einem klagenden Gläubiger auch dem einzelnen verklagten Miterben zu.[2])

Gegenstand der Verfügung sind gemäß § 2040, I nur die einzelnen Nachlaßgegenstände. Ueber den Nachlaß im Ganzen, d. h. über die Summe der Nachlaßgegenstände können daher die Miterben ebensowenig dinglich verfügen, wie der Alleinerbe. Im 2. Entwurf des BGB lautete zwar zunächst § 2040, I in seiner ursprünglichen Form: „Die Erben können über den Nachlaß im Ganzen sowie über einzelne Nachlaßgegenstände nur gemeinschaftlich verfügen.“[3]) Diese Bestimmung

1) RG in SeuffA. Bd. 79/291 ff.
2) Vgl. WarnE. 1913, Nr. 235.
3) Vgl. Prot. V, S. 843.

wurde jedoch insoferne beanstandet, als sie auch die dingliche Verfügung „über den Nachlaß im Ganzen“ in Betracht zog.[1]) Zur Begründung wurde geltend gemacht: In den Motiven IV, S. 352 sei gesagt, daß dingliche Rechtsgeschäfte nur über die einzelnen zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände, nicht aber über das Gesamtgut als Ganzes geschlossen werden könnten. Wenn im Familienrecht von der Verfügung über das Gesamtgut als Ganzes oder über eine Erbschaft gesprochen werde, so sei damit ein das Gesamtgut oder die Erbschaft betreffendes Kausalgeschäft und die Ausführung desselben durch die erforderlichen Verfügungen über die einzelnen Gegenstände gemeint. Dies treffe auch hier zu. Obwohl sich gegen diese Bedenken von andrer Seite Widerspruch erhob, wurde § 2040 in seiner heutigen Gestalt angenommen und damit dem Erben die Möglichkeit versagt, mit dinglicher Wirkung über den Nachlaß als Ganzes zu verfügen. Es liegt m. E. aber auch kein Grund dafür vor, den Miterben ein Verfügungsrecht über den gesamten Nachlaß einzuräumen. Derselbe Erfolg kann nämlich dadurch herbeigeführt werden, daß jeder Miterbe gemäß § 2033, I über seinen Anteil am Nachlaß verfügt.

Hingegen ist kein Miterbe daran gehindert, sich in Bezug auf einen Nachlaßgegenstand schuldrechtlich zu verpflichten; denn wie wir bereits gesehen haben, sind Verpflichtungsgeschäfte keine Verfügungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Daher steht auch die Vorschrift des § 2033, II einem Vertrag, durch den ein einzelner Miterbe sich unbedingt und unmittelbar zur Uebertragung des Eigentums an einem Nachlaßgegenstand verpflichtet, nicht im Wege; vielmehr muß eine solche Verpflichtung genau so für zulässig erachtet werden, wie der Verkauf einer fremden Sache. Eine Verfügung ist in der Uebernahme einer schuldrechtlichen Verpflichtung zu einer solchen noch nicht enthalten, auch liegt eine Nichtigkeit gemäß § 306 nicht vor, weil nur ein subjektives Unvermögen zur Leistung in Betracht kommt.[2]) Kann der verpflichtete Miterbe später seine Verbindlichkeit nicht erfüllen — etwa deshalb, weil er den betreffenden Gegenstand bei der Auseinandersetzung nicht erhalten hat — so bestimmt sich sein Rechtsverhältnis gegenüber dem Gläubiger nach den Vorschriften über die subjektive Unmöglichkeit.[3])

---

1) Vgl. Prot. V, S. 865.

2) Vgl. HRR. 1929, S. 2084.

3) Vgl. Kipp, § 82, VI, 5; Staudinger V Anm. 6 zu § 2033; Planck, V Anm. 2 e zu § 2033; RGRKom. Anm. 5 zu § 2033.

3. Die Folgen des Verstoßes gegen § 2040 BGB

Verfügt ein Miterbe entgegen der Vorschrift des § 2040, I über einen einzelnen Nachlaßgegenstand ohne Mitwirkung der übrigen Miterben, so ist seine Verfügung grundsätzlich wirkungslos. Das Reichsgericht ist zwar soweit gegangen, in einem solchen Falle absolute Unwirksamkeit der Verfügung anzunehmen;[1]) dieser Ansicht kann man jedoch m. E. nicht beitreten. Die Bestimmung des § 2040, I enthält nicht ein Nichtigkeit begründendes gesetzliches Verbot (§ 134), sie bezweckt vielmehr nur den Schutz der übrigen Miterben bezw. Nachlaßgläubiger; demgemäß tritt nicht absolute, sondern nur relative Unwirksamkeit gegenüber den geschützten Personen ein (§ 135, I). Daher kann auch die von einem einzelnen Erben getroffene Verfügung gemäß § 185 wirksam werden, wenn z. B. die übrigen Miterben sie genehmigen oder der verfügende Miterbe den betreffenden Gegenstand bei der Auseinandersetzung zu freiem Eigentum erhält. Das Gesamthandsverhältnis kann nicht ausschließen, daß eine zunächst von dem nichtberechtigten einzelnen Miterben getroffene Verfügung, die deshalb unwirksam ist, durch Genehmigung der übrigen Miterben zu einer wirksamen Verfügung der Gesamtheit wird. Schließlich ist in jedem Falle die Verfügung eines einzelnen Miterben gültig, wenn sie mit vorher erklärter Zustimmung (§§ 183, 185, I) der übrigen getroffen ist.[2])

Im übrigen sind die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten zur Anwendung zu bringen, wenn ein einzelner Miterbe entgegen den §§ 2033, II, 2040, I über einen Nachlaßgegenstand so verfügt, als wäre er Alleinberechtigter oder Miteigentümer einer schlichten Bruchteilsgemeinschaft. Die Verfügung des einzelnen Miterben ist also sofort wirksam, wenn der Dritte den Nachlaßgegenstand gutgläubig erwirbt. Bei beweglichen Sachen erfolgt der gutgläubige Erwerb auf Grund der §§ 932 ff., da der Miterbe hinsichtlich eines einzelnen Nachlaßgegenstandes als Nichtberechtigter im Sinne des § 932 angesehen werden muß. Ist der Miterbe als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen, so vollzieht sich bei Grundstücken der Erwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß den §§ 892 ff., und das Entsprechende hat auch nach den §§ 2366 ff. zu gelten, wenn der gutgläubige Dritte auf die Richtigkeit eines Erbscheins vertraut, der einem einzelnen Miterben zu Unrecht als dem Alleinerben erteilt ist.

1) Vgl. RG Bd. 93/991 ff.

2) Ebenso Dernburg V, § 177 Anm. 9; Kretzschmar § 85, III, 1; Planck V, § 2040, Anm. 1; RGRKom. V, Anm. 1 zu § 2040; KGJ. Bd. 36 A, S. 194 ff.; 53 A, 133; KG. in JW. 1921, S. 249.